Die Deliktsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Georg August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Peter Arnold Plenter

Referendar am Amtsgericht in Göttingen.

1925

Druck von William Biermann in Aurich.

Die Deliktsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Georg August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Peter Arnold Plenter

Referendar am Amtsgericht in Göttingen.

1925

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer
Tag der mündlichen Prüfung: 1. August 1925

Druck von William Biermann in Aurich

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Seinen teuren Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

vom Verfasser

Göttingen, im Mai 1925.

Gliederung.

Einleitung:

Seite

Ueberblick über den Gang der Untersuchung. Auslegung und Begrenzung des Themas . . . . . 1 ff.

I. Teil:

Die rechtliche Struktur der OHG 3

1. Ist die OHG rechtsfähig? 3
   a) Geschichte der Streitfrage 3
      α) In der Gesetzgebungsgeschichte . . . . . 3 ff.
      β) In der Rechtsprechung . . . . . 5 ff.
   b) Der Stand der Frage in der Literatur 7
   c) Eigene Auseinandersetzung mit der Streitfrage 7
      α) Entwicklung der massgebenden Streitpunkte . . . . 7 ff.
      β) Prüfung und Ablehnung der Lehre, die die volle (absolute) Rechtspersönlichkeit des OHG behauptet . . 9 ff.
      γ) Vermittelnde Theorien 13
         αα) Relative Rechtsfähigkeit der OHG 13
         ββ) Formelle Rechtsfähigkeit der OHG 14
         γγ) Die Lehre Schönfelds . . . . . 14 ff.

Prozessuale Theorien

         δδ) Formelle Parteifähigkeit der OHG und Theorie des selbständigen Sondervermögens . . . . . 16 ff.
         εε) Die Lehre Makowers 17
         ζζ) Die Lehre Labands . . . . . 17 ff.
2. Die OHG ist ein Gesamthandsverband . . . . . 19 ff.
3. Exkurs: Die ausländische Gesetzgebung und Dogmatik . . 22 ff.
4. Ergebnis . . . . . 23 ff.

II. Teil.

Die Haftung der offenen Handelsgesellschaft für unerlaubte Handlungen der Gesellschafter . . . . . 25 ff.

1. Die rechtliche Stellung der Gesellschafter: . . . . . 25 ff.
   a) Organe? . . . . . 25 ff.
   b) Gesetzliche Vertreter? . . . . . 27 ff.
2. Die Haftung der offenen Handelsgesellschaft für Gesellschafterhandlungen . . . . . 28 ff.
   a) Geschichte der Streitfrage . . . . . 28 ff.
   b) Das geltende Recht: . . . . . 33 ff.

Einteilung:

Seite

α) Alle Gesellschafter gemeinschaftlich begehen die unerlaubte Handlung . . . . . 33 ff.

β) Ein Gesellschafter begeht die unerlaubte Handlung aber im Einverständnis mit den übrigen Gesellschaftern . . 35

γ) Ein vertretungsberechtigter Gesellschafter begeht die unerlaubte Handlung . . . . . 35 ff.

δ) Ein nur zur Geschäftsführung befugter Gesellschafter begeht die unerlaubte Handlung . . . . . 39 ff.

ε) Ein weder zur Vertretung noch zur Geschäftsführung befugter Gesellschafter begeht die unerlaubte Handlung 43

ζ) Die Begehung der unerlaubten Handlung muss, soweit eine Haftung überhaupt in Frage kommt, stets in Ausführung der Gesellschafterverrichtungen erfolgen. Kasuistik . . . . . 43 ff.

Ergebnis der Arbeit: Zusammenfassung 45

Literatur.

A. Gesetzesmaterialien.

Denkschrift I. Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches, aufgestellt im Reichsjustizamt (Guttentagsche Ausgabe 1896).

Denkschrift II. Denkschrift zum Entwurf eines HGB und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Berlin 1897. J. Guttentag.

Hahn. Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. VI. Bd. (hsg. von Mugdan) Materialien zum HGB Berlin 1897.

Motive. Zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, Berlin 1899.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Im Auftrage dieser Kommission (hsg. von Lutz) Würzburg 1858-1861 (Oktavausgabe) 9 Bde. 1 Beilagen- und 1 Registerband.

B. Lehrbücher, Handbücher, Grundrisse, Einführungen, Aufsätze und Monographien.

Affolter. Die rechtliche Natur der OHG im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. V, Berlin 1891.

Behrend. Lehrbuch des Handelsrechts I. Bd. 1896.

Bendix. Das deutsche Privatrecht 1899.

Beseler. System des gemeinen deutschen Privatrechts 4. Aufl.

Biermann. Bürgerliches Recht Bd. I (Allgemeine Lehren- und Personenrecht) 1908.

Billmann. Haftung der juristischen Person für die zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen ihrer Vertreter. 1906.

Cosack. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 6. Aufl. 1913, Bd. II.

Cosack. Lehrbuch des Handelsrechts 10/11. Aufl. 1923.

Dahn. Handelsrechtliche Vorträge, Leipzig 1875 II „Ueber Handelsgesellschaften nach dem deutschen Handelsgesetzbuche."

Deitigsmann. Eigentumsübergang von Gesamthandgrundstücken ohne Auflassung. Karlsruhe 1910.

Dernburg. Pandekten. I. Bd 6. Aufl. Berlin 1900.

Dernburg. Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. II. Bd. 4. Aufl. Halle 1888.

Dernburg. Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. I: Die allgemeinen Lehren 3. Aufl. 1906; Bd. II. 2. Abteilung, 3. Aufl. 1906.

Eccius. Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozesspartei in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 32. (1866)

Engelmann. Das alte und das neue bürgerliche Recht. 1899.

Engelmann. Preussisches Privatrecht 1896.
Enneccerus. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1922/23.
Feder. Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden. 1902.
Gareis-Fuchsberger. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch 1891.
Gareis. Das Deutsche Handelsrecht, 8. Aufl. Berlin 1909.
Gelpke. Zeitschrift für Handelsrecht, Heft 2, Berlin 1852.
v. Gierke. Deutsches Genossenschaftsrecht, Bd. II, 1873
„ Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
„ Deutsches Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1895.
„ in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie. 2. Aufl. 3. Bd. (1913) §§ 33 - 66.
„ Gutachten in den Verhandlungen des 28. D. J. T.
„ Handelsgesellschaftsrecht und Bürgerliches Recht, Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin am 15. Dezember 1900, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19. Berlin 1901.
Goldschmidt. System des Handelsrechts mit Einschluss des See- und Versicherungsrechts. Im Grundriss, 4. Aufl. 1893.
Goldmann. Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai. 1897, 1905.
v. Gorski. Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. Wien 1888.
Haff. Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts (1918), 241.
Hassenpflug. Eine unter einer Firma betriebene Handlung ist als Rechtssubjekt hinsichtlich aller aus Handlungsgeschäften entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen. In Elvers „Themis" Bd. I, S. 59 ff. Göttingen 1828.
Hellwig. Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. Bd. I, Leipzig 1903.
„ Anspruch und Klagrecht, Beiträge zum Bürgerlichen und zum Prozessrecht. Jena 1900.
Heymann. Die nicht eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung im deutsch-ausländischen Rechtsverkehr. Ein Beitrag zum internationalen Handelsrecht. Jherings Jahrbücher 75. Bd. (1925) S 408 ff.
Jäger. Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozesse. Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Rudolf Sohm. 1915.
Keyssner. Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch 1878.
Knoke. Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB 1901.
Kohler. Einführung in die Rechtswissenschaft. 5. Aufl. 1919.
„ Das Recht des Markenschutzes. Würzburg 1884.
„ Leitfaden des Konkursrechtes. 1903.
„ Ueber Substanzrecht und Wertrecht. Im Arch. Ziv. Prax. Bd. 91.
„ Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person in Zeitschr. f. das ges. Handelsrecht. Bd. 74 (1913).
„ Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person. Im Arch. f. Bürg. Recht. Bd. 40 (1914).
Könige. Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1899.
Kormann. Gegensätzliches Handeln von Personen mit gleicher Handlungsmacht, insbesondere der Gesellschafter einer OHG Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 57, 497, 75. Jahrg. (1913).
Krückmann. Gruchots Beiträge Bd. 37.
Kuntze. Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. VI.
Laband. Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht. Bd. 30; Bd. 31.
Ladenburg. In Siebenhaars Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht. Bd. X. 1861.

Lehmann. Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1912.
Lehmann-Hoeniger. Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl. 1920.
Lenel. Zur Deliktshaftung der juristischen Personen in DJZ. 1902.
Leonhard. Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.
„ Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 1923.
Leske und Löwenfeld. Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. Berlin, Bd. I, 1895; Bd. II, 1897; Bd. III, 1. Teil, 1901.
v. Liszt. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 22. Aufl. Berlin und Leipzig 1919.
Litthauer. Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 12. Auflage 1901.
Meurer. Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. 1901.
Müller-Erzbach. Deutsches Handelsrecht 1921.
Nagler. Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht. Im Sächs. Arch. für bürgerliches Recht und Prozess. Bd. 10.
Oertmann. Grundriss des deutschen Zivilprozessrechts. Erlangen, Leipzig 1924.
Renaud. Das Recht der Kommanditgesellschaften, 1881.
Römer. Abhandlungen aus dem römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht. 1877.
Rudorff. Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1898.
Rümelin. Schadensersatz ohne Verschulden Rede, gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. Nov. 1910.
Schönfeld. Zur Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft. Versuch einer juristischen Theorie der Rechtsperson. Jherings Jahrbücher. 75. Bd. 1925, S. 333 ff.
v. Schwind. Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1919.
Siméon-David. Recht und Rechtsgang im deutschen Reiche. Lehrbuch zur Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Nebengesetze. Bd, I, 1, Berlin 1923.
Tabor. Beitrag zur Erklärung der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritt in eine bestehende Handelsfirma entspringen. Frankfurt/Main, 1826.
Thiele. Wer ist Partei, wer ist Dritter im Sinne des § 414 der ZPO? Arch. Ziv. Prax. Bd. 82, 1894.
Thöl. Das Handelsrecht. Bd. I, 6. Aufl. 1879.
v. Tuhr. Allgemeiner Teil des BGB, Bd. I.
Unger. Personengesamtheit und offene Handelsgesellschaft in Jherings Jahrbücher Bd. 25, Jena 1887.
v. Völderndorff. Ueber Haftung der Handelsgesellschaft und deren Mitglieder aus Delikten. Im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts v. Busch, Bd. 32.
Wach. Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I, Leipzig 1885.
Wieland. Handelsrecht Bd. I, In Bindings systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. III, 3, I. 1921.
Willenbücher. Das allgemeine deutsche HGB, 1891.
Ylander. Die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaft nach dem Handelsrecht der Ostseeprovinzen. In Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht, Jahrg. 1917.
Zitelmann. Internationales Privatrecht II.

C. Kommentare zum BGB; HGB und der ZPO.

Anschütz u. v. Völderndorff — Kommentar zum allgemeinen deutschen HGB, Bd. I, hsg. von Allfeld, Erlangen 1894.
Brand. Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluss des Seerechts. (Handkommentar, Berlin 1911).

Düringer-Hachenburg — Das HGB, Bd. 4, 1917, bearb. v. Geiler und Flechtheim.
v. Hahn. Kommentar zum allgemeinen deutschen HGB, 4. Aufl. 1895.
Hölder. Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, 1900.
Kommentar der Reichsgerichtsräte; 2. Aufl. 1913.
Lehmann. Kommentar zu den Nebengesetzen. Teil I: Das Handelsgesetzbuch, 1899.
Lehmann-Ring. Kommentar zum HGB, Bd. I, 1902.
Makower. Kommentar zum HGB, Bd. I, 13. Aufl.
Oertmann. Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1908.
" Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverh. 3./4. Aufl. 1910.
Planck. Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 1913, Bd. I, Allgemeiner Teil.
Puchelt. Kommentar zum Allgemeinen deutschen HGB 1882.
Ritter. Kommentar zum HGB. Berlin 1910.
Seuffert. Kommentar zur ZPO, 8. Aufl. 2 Bde. München 1902 und 11. Aufl 1911.
Staub. Kommentar zum HGB, 3./4. Aufl. 1896, 6./7. Aufl. 1900, 10. Aufl. Bd. I, 1920.
v. Staudinger. Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 1912, Bd. II.
Stein. Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich. 10. Aufl 1911.
Struckmann u. Koch, Die ZPO für das Deutsche Reich. 8. Aufl. 2 Bde. Berlin 1901; 9. Aufl. 1910.

D. Dissertationen.

Becker. Der nichtrechtsfähige Verein als offene Handelsgesellschaft. Heidelberger Diss. 1904.
Kaestner. Die Haftung der OHG für Delikte ihrer socii. Leipziger Diss. 1906.
Kelk. Ist ein nichtrechtsfähiger Verein, der ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 des Handelsgesetzbuches betreibt, eine OHG?
Kann einem derartigen Verein, wenn er ein gewerbliches Unternehmen betreibt, das die Voraussetzungen des § 2 des HGB erfüllt, angehalten werden, sich als offene Handelsgesellschaft eintragen zu lassen?
Rostocker Diss. 1904.
Milch. Die Haftung für die Schulden der OHG nach dem Allgemeinen deutschen HGB. Breslauer Diss. 1892.
Noest. Erlangt das gegen eine OHG ergangene Urteil Rechtskraft gegen die Gesellschafter? Freiburger Diss.
Rosenthal. Die Gestaltung der Prozesslage einer OHG bei ihrer Auflösung oder Veränderung ihres Personalbestandes während eines Rechtsstreites? Heidelberger Diss. 1910.
Rhomberg. Körperschaftliches Verschulden, Münchener Diss. 1899.
Schulz. Haftet die OHG für die selbständigen, d. h nicht in Ausführung von Rechtsgeschäften begangenen Delikte ihrer Mitglieder? Greifswalder Diss. 1896.

E. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts, hsg. von *F. B. Busch,* zit.: Busch A.
Archiv für Bürgerliches Recht, zit: Arch. Bürg. Recht.
Archiv für zivilistische Praxis, zit.: Arch. Ziv. Prax.
Bolze. Die Praxis des RG. in Zivilsachen, von A. Bolze.
Deutsche Juristenzeitung, zit.: D. J. Z.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, hsg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft, zit.: R G E oder R. G.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, hsg. von den Räten des Gerichtshofes, zit.: R. O H. G
Goldschmidt Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, zit : Z. H. R.
Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, zit.: Gruchot Beitr.
Grünhut. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, zit.: Grünhuts Zeitschr.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, zit.: Jherings J.
Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltsvereins, zit.; J. W.
Johow. Jahrbuch für die Entscheidungen des Kammergerichts, zit.: K. G. J. oder Johow.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, zit.: Leipziger Zeitschr.
Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand, zit: R.
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht, hsg. von Kohler-Rabel, zit.: Rheinische Zeitschr.
Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen, hsg. von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft, zit.: R. G. Str.
Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess, zit.: Sächs A.
Seufferts. Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten, zit.: Seuff. A.
Siebenhaar. Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, zit.: Siebenhaar Arch.

Bei den sonstigen Abkürzungen sind im allgemeinen die „Vorschläge des Deutschen Juristentages“ befolgt. (2. Aufl. Berlin 1910).

F. Ausländische Literatur.

Baltisches Recht.

Zwingmann. Entscheidungen der Rigaschen Stadtgerichte. Bd. I, III und V.

Frankreich.

Colfavru. Le droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre suivant l'ordre du Code de commerce français. 2. Aufl. Paris 1863.
Jusserand. Livre du centenaire du code civile, 1904.
Lacour. Précis de droit commercial 1912.
Michoud. La théorie de la personnalité morale I 1906.
Pandectes. françaises, nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence. Paris 1886, flge.
Saleilles. De la personnalité juridique, 1910.
Thaller. Traité élémentaire de droit commercial.
de Vareilles-Sommières. Les personnes morales. 1902.

Italien.

Bonelli. Riv. di dir. comm. 1903.
Egidi. Arch. giur. 1902.
Faddae Bensa: Uebersetzung von Windscheids Pandekten.
Ferrara. La personnalità giuridica delle società di commercio, riv. di dir. comm. 1910.
Manara. Delle società e delle associazioni commerciali, trattato teorico-pratico, parte generale I 1902, II 1902—1905; Indici 1906.

Manara. in der Giurisprud. italiana 1898, 1899.
Navarrini. Riv. per le science giuridiche, 1901; Comment. al cod. di comm. II. 1901.
Rocco. in Diritto commerciale XVII.
Vivante. Trattato di diritto commerciale, 2. Aufl. 1903—1905.
Vighi. La personalità giuridica delle società commerciale 1900.

Japan.

Vogt, Karl. Uebersetzung des japanischen Gesetzbuches von 1911.

Russland.

Klibanski. Handbuch des gesamten russischen Zivilrechts III, 275 I, 299

Einleitung.

Im Vergleiche zu älteren Abschnitten der gesellschaftlichen Entwicklung tritt heute der einzelne Mensch mit seinen beschränkten physischen, geistigen und wirtschaftlichen Kräften immer mehr zurück hinter organisierten Vereinigungen. An die Stelle der Einzelunternehmung tritt die Kollektivunternehmung, die Gesellschaft. Bereits im Mittelalter ist die Entwicklung typischer Formen der Handelsgesellschaft die Begleiterscheinung des aufkeimenden Handels, der Geld- und Kreditwirtschaft. Als dann im neunzehnten Jahrhundert die Einführung der Maschinentechnik und die Verwertung neuer Erfindungen, insbesondere der Dampfkraft und Elektrizität eine bisher ungeahnte Konzentration der Kapitalien und Arbeitskräfte mit sich brachte, erhielt notwendig das Gesellschaftswesen einen neuen Schwung. Diese Häufung wirtschaftlicher Faktoren in einem Unternehmen, die zwangsläufig immer weitere Kreise zieht, lässt die Frage entstehen, wie sich die Einwirkung solcher Organisationen auf andere Rechtskreise und Interessenssphären rechtlich auswirkt. Diese Frage ist in der Rechtswissenschaft umso lebhafter erörtert worden, jemehr sich die menschliche Eetrachtung der gekennzeichneten Tendenz der wirtschaftlichen Entwicklung bewusst geworden ist Besonders umstritten musste fast notwendig das Problem werden für solche Unternehmen, die nicht anerkanntermassen in die Rechtsform einer juristischen Person gekleidet waren, insbesondere für die sogenannten Personalgesellschaften des Handelsrechts. (Offene Handelsgesellschaft, Schweiz: „Kollektivgesellschaft“ und „Kommanditgesellschaft“).

Die vorliegende Abhandlung hat sich nun die Aufgabe gesetzt, die Frage der Deliktsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft als ein trotz vielfacher Erörterung noch immer nicht endgültig geklärtes Problem aufzuwerfen, den Stand der Meinungen kritisch zu prüfen und den Versuch einer Lösung zu machen. Dabei wird als ein für die Entscheidung der Frage erheblicher Incidentpunkt zunächst zu untersuchen sein, ob die offene Handelsgesellschaft nicht eine juristische Person ist und die Frage der Deliktsfähigkeit mit dem § 31 BGB ihre Erledigung findet. Vorweg muss bemerkt werden, dass das Thema der Deliktsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft einen doppelten Sinn enthält. Es kann a priori die Bedeutung haben, dass die offene Handelsgesellschaft selber fähig ist, unerlaubte Handlungen zu begehen (etwa durch Organe), oder aber die, dass darunter die Zurechnung von unerlaubten Handlungen, sei es eines einzelnen, sei es aller Gesellschafter, auf die offene Handelsgesellschaft zu verstehen ist. In welchem Sinne, ob in jenem oder diesem man nach geltendem Rechte von einer Deliktsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft sprechen darf, werden die folgenden Erörterungen ergeben. Jedenfalls grenzen wir den zu

erörternden Stoff dahin ab, dass unter Deliktsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft nur die privatrechtliche Haftung der offenen Handelsgesellschaft zu verstehen ist. In strafrechtlicher Beziehung kann ja die Frage der Deliktsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft deshalb nicht aufgeworfen werden, weil das Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (R. G. Bl. 1871, S. 127) jetzt anerkanntermassen nur für Individuen gilt[1]). Wenn etwa ein Gesellschafter in seiner Eigenschaft als solcher strafbare Handlungen begeht, so trifft die kriminelle Verantwortlichkeit lediglich ihn. Eine strafrechtliche Haftung der Gesellschaft kommt nicht in Frage[2]). Für die von mir versuchte Behandlung der zivilrechtlichen Deliktsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft scheint mir nun folgender Gedanke leitend zu sein. Da uns das Handelsgesetzbuch keine bündige, klare Auskunft über das Wesen der offenen Handelsgesellschaft gibt, so wird es zunächst notwendig sein, in das Wesen und die Struktur der offenen Handelsgesellschaft einzudringen, um vor allem die Grundlagen für die Untersuchung festzulegen[3]).

---

[1]) Vergl. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 22. Aufl. 1919, § 28, insbes. Anm. 3, S. 117.

[2]) Uebereinstimmend Brand, Bemerkungen zu § 124, S. 353, 2a. cc.

[3]) Vgl. Unger: Personengesamtheit, in Jherings Jahrbüchern S. 239: „Durch das Handelsgesetzbuch ist zwar die offene Handelsgesellschaft gesetzlich normiert, aber das Grundprinzip, auf welches diese gesetzlichen Bestimmungen zurückzuführen sind, muss erst durch die Wissenschaft ermittelt werden, und manche Fragen haben im Handelsgesetzbuch nicht ihre Lösung gefunden, deren Beantwortung nur aus dem Erkenntnis des Wesens der offenen Handelsgesellschaft gewonnen werden kann".

I. Teil.

1. Das Handelsgesetzbuch gibt in § 105 HGB folgende Begriffsbestimmung für die OHG:

Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.

Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft Anwendung.

In dieser Bestimmung wird die OHG als eine Art der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft bezeichnet. Trotz des Wortlautes ist jedoch die alte Streitfrage, ob die OHG juristische Persönlichkeit habe oder nicht, noch nicht zu Grabe getragen worden. Es ist daher zweckmässig, sich zunächst einmal die Geschichte dieser Streitfrage zu vergegenwärtigen, um dann zu ihr Stellung zu nehmen.

a) α) Die „Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes" geht davon aus, dass der Gesetzeswortlaut des § 105 HGB die Frage der juristischen Natur der OHG nicht ausdrücklich entscheidet. Sie führt aus:[1])

„Die Frage, ob die OHG mit Rücksicht auf die Selbständigkeit ihres Vermögens und die Führung einer eigenen Firma als juristische Person aufzufassen sei, wird in Wissenschaft und Rechtsprechung jetzt fast allgemein verneint. Künftig wird umso weniger Veranlassung zur Annahme der juristischen Persönlichkeit vorliegen, als bei der Gesellschaft des BGB eine rechtliche Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Vermögen des einzelnen Gesellschafters gleichfalls anerkannt ist, und zwar unter Verwertung eines Rechtsgedankens, der im allgemeinen auch zur Erklärung der Eigentümlichkeiten der OHG ausreicht. Ein Bedürfnis nach einer ausdrücklichen Entscheidung der Frage im Gesetze besteht deshalb nicht". Wenn danach auch der Gesetzgeber die Frage nach der Konstruktion der OHG nicht hat beantworten wollen, so darf daraus noch nicht gefolgert werden, dass § 105 HGB nicht tatsächlich doch eine Entscheidung der Frage enthält. Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass die „Denkschrift" nur als Zeugnis dafür verwertet werden darf, was der Gesetzgeber gewollt, nicht aber dafür, was er tatsächlich getan hat. Dass der Gesetzgeber der Konstruktionsfrage nicht vorgreifen wollte, ist in Anbetracht der Beratungen zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches verständlich.

[1]) S. 80; Hahn-Mugdan, Materialien zum Handelsgesetzbuch Bd. VI, S 256.

Der den Beratungen zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches zu Grunde liegende preussische Entwurf[1]) enthielt in den Artikeln 85—90 allgemeine Vorschriften für alle Handelsgesellschaften, und in Artikel 87 die Vorschrift: „Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden; sie kann auf ihren Namen Grundstücke und Forderungen erwerben". Dieser Artikel drückt unzweideutig die Eigenschaft jeder, also auch der OHG als juristischer Person aus.

Aber dieser Artikel fand den lebhaftesten Widerspruch. In der Kommissionssitzung vom 18. Februar 1857 wurde zunächst[2]) „von mehreren Mitgliedern vor allem die Erklärung abgegeben, dass sie ihre Diskussion zunächst nur auf die Frage zu richten gedächten, ob der Satz des Artikels 87 auf die OHG Anwendung leiden könne, da bei Aktiengesellschaften ganz andere Gesichtspunkte massgebend seien".

Bei der Diskussion selbst traten mehrere Meinungen hervor. Die Einen hielten es „für entschieden ungerechtfertigt", die offene Handelsgesellschaft als juristische Person aufzufassen, und wollten deshalb aus dem angezogenen Artikel die Stelle von „als solche hat" bis Vermögen; sie" gestrichen wissen, weil sie der Meinung waren, dass durch diese Stelle die über das Wesen der OHG bestehende Kontroverse in dem Sinne entschieden werde, dass sie als juristische Person zu betrachten sei. Andere hielten die offenen Handelsgesellschaften für juristische Personen und widersprachen daher der beantragten Streichung. Noch andere meinten, dass „die erwähnte Kontroverse nicht zu entscheiden, sondern nur diejenigen einzelnen Rechtssätze in das Gesetzbuch aufzunehmen seien, welche für das Wesen der Handelsgesellschaften nicht entbehrt werden könnten, und dass die Entscheidung der Frage, ob mit diesen Rechtssätzen das ganze Wesen einer juristischen Person erfasst sei, der Jurisprudenz überlassen werden könne, dass aber auch wirklich der Gesetzentwurf in seiner jetzigen Fassung über die eben dargelegte Absicht nicht hinausgehe".

Bei der folgenden Abstimmung wurde mit 10 gegen 4 Stimmen die Streichung der Worte: „als solche" bis „ihr besonderes Vermögen; sie" beschlossen, vorbehaltlich der Abstimmung über einen Antrag, dass der erste Satz des Artikels 87 dahin zu fassen sei: „Jede Handelsgesellschaft hat ihr besonderes Vermögen".

In der Sitzung vom 9. März 1857[3]) wurde sodann über diesen zuletzt genannten Antrag beraten. Gegen den beantragten Satz wurde vorgebracht, als bloss tatsächliche Konstatierung sei er überflüssig; wenn man ihn aufnehme, so „werde er aber leicht nachteilig wirken, man werde am Ende doch aus demselben folgern, dass das Gesetz der OHG die Eigenschaft einer juristischen Persönlichkeit beilege". Der Satz wurde dann bei der Abstimmung mit 12 gegen 3 Stimmen gestrichen.

[1]) Abgedruckt im Beilagenbande der „Protokolle", S. 1—68.
[2]) Vgl. Protokolle, Bd. I, S. 154 ff.
[3]) Protokolle Bd. I, S. 274 ff.

In der Sitzung vom 26. Oktober 1857[1]) wurde endlich bezüglich des Artikels 110 Abs. 1 des Entwurfs der Redaktionskommission[2]) noch eine redaktionelle Aenderung beschlossen, welche für die Interpretation nicht unwichtig ist; es wurde nämlich beschlossen, die Wiederholung der Worte „sie kann" zu streichen, „weil die Worte: „unter ihrer Firma" sich auf die beiden letzten Sätze des ersten Absatzes bezögen". So ergab sich dann für den Entwurf 2. Lesung für Artikel 110 Abs. 1 die Fassung, die auch der Entwurf 3. Lesung und das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch im Artikel 111 Abs. 1 aufweist.

Die dargelegte Entstehungsgeschichte des Artikels 111 Abs. 1 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches ergibt, dass der Gesetzgeber sich sorgfältig davor gehütet hat, die konstruktive Frage zu lösen, ob die OHG juristische Persönlichkeit habe oder nicht.

β) Die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe war in unserer Frage zunächst schwankend. So meint das Obertribunal zu Berlin in seinem Urteil vom 18. Juni 1867[3]), es sei eine „den Bedürfnissen des Verkehrs, den Anschauungen des Handelsstandes und der Gesetzgebung anderer Staaten entsprechende Ansicht, dass die offenen Handelsgesellschaften als Träger einer juristischen Persönlichkeit, als besondere Rechtssubjekte mit selbständigen Aktivis und Passivis angesehen werden müssten". Mit zweifelhaftem Recht beruft sich das Obertribunal auf die Anschauung des Handelsstandes für seine Entscheidung. Ihm scheint das — übrigens wenig bekannte — zeitlich früher liegende treffliche Gutachten der Berliner Kaufmannschaft entgangen zu sein, das die Auffassung des Handelsstandes folgendermassen zusammenfasst:[4]) „Eine juristische Person — wird — nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur da statuiert, wo der Staat und die Gesetze dieselben ausdrücklich für ein solches Rechtssubjekt erklären und anerkennen. Ist dies nicht der Fall, so bleibt es, wenn von einer Vereinigung mehrerer Einzelnen, welchen gemeinschaftlich Rechte zustehen und Verbindlichkeiten obliegen, die Rede ist, bei der Regel, dass diese mehreren Personen als Einzelne lediglich nach verhältnismässigen Anteilen als berechtigt und verpflichtet anzusehen sind, und es kann den einzelnen Staatsbürgern die Befugnis nicht beigelegt werden, durch eine bloss willkürliche Benennung, eigene juristische Personen zu schaffen. — Alles dies darf mit

---

[1]) Protokolle Bd. III, S. 1001 ff.

[2]) „Die Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden (vgl. S. 161 des Beilagenbandes der „Protokolle").

[3]) Goldschmidts Zeitschr. f. das ges. H. R. Bd. 15, S. 252 ff.

[4]) Vgl. Goldschmidt in Krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissensch. Bd. IV (1857), S. 187 ff und Gans, Beiträge zur Revision der Preuss. Gesetzgebung, Bd. I, S. 50 ff (1830), insbesondere S. 55 und 56. Vertreten wird die Auffassung, dass eine OHG oder gar die Firma einer solchen, eine juristische Person sei von Tabor, Beitrag zur Erörterung der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritt in eine bestehende Handelsfirma entspringen. Frankfurt a/M. 1826 und Hassenpflug, in Elvers „Themis" Bd. I, S. 59—72 (1827).

Zuverlässigkeit aus den Vorschriften § 11—16 tit. 6 7 II des Allg. Landrechts gefolgert werden, denn es kann nach dem Inhalt desselben nicht im mindeste zweifelhaft sein, dass Handlungsgesellschaften keineswegs eine moralische Perso oder Korporation bilden, woraus denn weiter folgt, dass sie auch nicht als Sub und Objekte von Rechten und Verbindlichkeiten anzusehen sind. — In der Ta würden, nähme man das Gegenteil — was einige Theoretiker versucht haben — an, solche gewichtige, aber zugleich widerrechtliche und unnatürliche Verhält nisse entstehen, dass die Staatsbürger auf das Äusserste gefährdet werde müssten. Denn legt man den Begriff einer juristischen Person den Handlungs gesellschaften zu Grunde, so muss man auch nach bekannten Grundsätze und aller logischen Konsequenz weiter folgern: dass die Handelstreibende welche sich zu einer Gesellschaft verbunden und einen Fond zusammengebrach haben, über diesen hinaus nicht haften, dass sie durch den Austritt aus de Gesellschaft und Herausgabe des Fonds von allen Ansprüchen Dritter fre werden; dass sie rücksichtlich des Inhalts ihrer Verträge, der Aufnahme neue des Ausscheidens alter Mitglieder, der Auflösung ihrer Gesellschaft usw. de Oberaufsicht, Kenntnisnahme und Kontrolle des Staates unter worfen seien, dass neue Inhaber einer Firma zugleich alle Schulden, wi alles Vermögen, der früheren Gesellschaft von selbst, ohne weitere Willens erklärung, als eine aus dem Gesetz selbst entspringende Folge überkämen usw was alles unmöglich statuiert werden darf, niemals statuier worden ist, und in der Tat sowohl jedem Vertrauen als jede Freiheit völlig verderblich sein müsste".

Dagegen entschied denn auch das H. A. G. in Nürnberg in seinem E kenntnis von 27. November 1867[2]), dass „die OHG nicht als ein über den Gesel schaftern schwebendes ideales Rechtssubjekt, als eine juristische Person, recht lich konstruiert werden könne". Das vormalige Reichsoberhandelsgericht[3]) un das Reichsgericht[4]) dahingegen haben sich durchweg dafür entschieden, in de

---

[1]) Das Preussische Landrecht erkennt ausser den juristischen Persone auch sogenannte Vereine mit inneren Korporationsrechten an, auf welche einige massen der häufig aufgestellte Begriff einer „Genossenschaft" passt. Beide Instituten wird in den allegirten Gesetzen die Handelsgesellschaft als ein drittes lediglich nach den Regeln von der Societät zu beurteilendes Institut entgegen gestellt. Die angebliche Dunkelheit und Unbestimmtheit des Preussischen Rechts über welche Gelpke sich beklagt, weil er in demselben seine Idee nicht aus gesprochen findet, ist rein subjektiv, und wird höchstens von der französierende Ansicht hineingetragen.

[2]) Goldschmidts Zeitschr. Bd. 15, S. 221.

[3]) Entsch. ROHG Bd. II, S. 37, 39; Bd. III, S. 417, Bd. V, S. 205, Bd. V S. 417, Bd. IX, S. 17, Bd. XII, S. 261, Bd. XIV, S. 5, Bd. XX, S. 180, Bd. XX S. 344, Bd. XXIV, S. 160, Bd. XXV, S. 126 u. 279.

[4]) R. G. E. Bd. 3, S. 57, Bd. 5, S. 55 u. 71, Bd. 8, S. 92, Bd. 11, S 115 f Bd. 15, Nr. 26; Bd. 17, S. 367, Bd. 18, S. 139; Bd. 19, Nr. 36; Bd. 25, S. 280 Bd. 30, S. 34 und 150; Bd. 32, S. 256 und 398; Bd. 35, S. 388 ff; Bd. 36, S. 6 S. 140, 177, 395; Bd. 43, S. 106; Bd. 45, S. 221 und 341. Diese Entscheidunge beziehen sich auf das alte Recht.

Für das neue Recht kommen in Frage:

OHG keine juristische Person zu sehen, wenn freilich auch einzelne Entscheidungen des Reichgerichts der Annahme einer juristischen Person zuneigen[1]).

b) In der Literatur war der Streit naturgemäss besonders lebhaft. Windscheid[2]) führt aus, dass er „glauben möchte, die Schwierigkeiten, welche die Artikel 111, 113, 119 bis 122, 143 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches machen, seien grösser, wenn man die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht annehme". Ferner entscheiden sich für die juristische Persönlichkeit der OHG Gelpke[3]), Ladenburg[4]), Anschütz[5]), Eccius[6]), Thiele[7]), Noest[8]), Stein[9]), Affolter[10]), Krückmann[11]) und vor allem Kohler[12]), übereinstimmend Aage H. Ylander[13]), allerneustens auch v. Schwind[14]) und Wieland[15]).

c) α) Zunächst muss Kohler[16]) und Stein[17]) zugegeben werden, dass aus der blossen Verweisung auf das Bürgerliche Gesellschaftsrecht in § 105 Abs. 2 HGB die Gesellschaftsqualität der OHG nicht mit Sicherheit geschlossen werden darf. Kohler bemerkt, indem er auf § 2 E. G. zum HGB, wonach in allen

---

Zu S. 6 Anm. 4)

RG Bd. 46, S. 41; Bd. 49, S. 343 und 426; Bd. 53, S. 206 ff; Bd. 54, S. 280; Bd. 56, S. 209 und 432; Bd. 61, S. 75; Bd. 65, S. 23 und 229; Bd. 68, S. 412; Bd. 79, Nr. 32; Bd. 82, S. 160; Bd. 84, S. 108; Bd. 86, S. 70; Bd. 105, S. 288; Bd. 107, S. 172; — R. G. Str Bd. 23, S. 349; Bd. 39, S. 15; K. G. in K. G. J. 31 A, 155, K; G. J. 33 A, 8; O. L. G. 19, 312 (OLG Stuttgart); J. W. 1901, 576; 03, 388; 06, 477; 08, 450; 10, 25[42]. Bayr. OLG. Seuff. A. 56, 318; Seuff. A. 41, Nr. 35, 48, Nr. 275; 54, Nr. 97; Gruchot 39, 1016; 45, 86; 54, 673; 61, 132; Braunschweig Seuff. A. 56, 231; abweichend J. W. 02, 250; J. W. 1916, 1409[2] in L Z. 1910, 150; Bayer. OLG bei Bauer, 8, 257; OLG Braunschweig in D. J. Z. 01, 312,

[1]) Vgl. z. B. Urteil vom 28. April 1886, Bd. 16, S. 2.

[2]) Pandekten, Bd. 2, § 407, Anm. 2, S. 734 ff.

[3]) Z. f. H. R. Heft 2, S. 21 (1852).

[4]) in Siebenhaars Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, Bd. 10, S. 245 (1861).

[5]) Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar, Bd. 2, S. 8, 1870.

[6]) Goldschmidts Zeitschrift Bd. 32, S. 5 (1886).

[7]) Im Arch. ziv. Prax. Bd. 82, S. 60 (1894).

[8]) Freiburger Diss. a. a. O. S. 20.

[9]) ZPO, 10. Aufl. § 50, Nr. 31, § 736, III. Ferner auf Grund prozessualer Gedankengänge auch Puchelt Z. P. O. Bd. I, S. 242, Anm. 5 zu § 57; v. Sarwey, Z. P. O. Bd. I, § 435, S. 611; v. Bülow, ZPO, S. 238, Anm. 1 zu § 435; Gaupp, ZPO, Bd. I, S. 111, Vorbem. zu § 50; Petersen, ZPO, S. 662, Anm. 3, 5 zu § 436; Reinecke. Die deutsche ZPO, S. 410 ff zu § 435.

[10]) Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 5, S. 1 ff, bes. S. 9 (1890).

[11]) Gruchots Beiträge, Bd. 37, S. 236.

[12]) Markenschutz, S. 230 und 235–237, Z. f. d. P. u. ö. R. d. G. Bd. 13, S. 8, Einführung in die Rechtswissenschaft § 39, S. 82; Leitfaden des Konkursrechts, S. 170 § 30, insbes. Arch. ziv. Prax. Band 91: Ueber Substanzrecht und Wertrecht, S. 204 § 12 Note 48, Z. f. das ges. H. R. Bd. 74 (1913): die OHG als jur. Person, S. 456. Arch. Bürg. Recht Bd. 40 (1914): Nochmals die OHG als jur. Person, S. 229 ff; vgl. auch Zitelmann Intern. Privatrecht Bd. 2, S. 124.

[13]) In Rhein Z. f. Ziv. u. Proz. R. J. 1917, S. 216 ff.

[14]) Deutsches Privatrecht Bd. 1 (1919) S. 128 ff.

[15]) Bd. 1, § 35, III, IV und § 51, I.

[16]) Arch. ziv. Prax. Bd. 91, S. 204. Note 48.

[17]) a. a. O.

Fällen, in denen das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, das BGB subsidiär Anwendung finden soll, hinweist, dass § 105 Abs. 2 HGB eigentlich vollkommen überflüssig wäre, wenn man in der OHG nicht eine juristische Person sieht, auf die kraft positiv rechtlicher Ausnahmebestimmung ergänzend die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts Anwendung finden müssten. In der Tat setzen sich die meisten Schriftsteller, die sich auf die Verweisung des § 105 Abs. 2 HGB als eines Indices für die Gesellschaftsqualität der OHG berufen, nicht mit dem Verhältnis dieser Bestimmung zu § 2 EG zum HGB auseinander. Man wird daher die genannte Verweisung nicht als ein sicheres Argument in der Frage nach dem rechtlichen Wesen der OHG verwerten dürfen, wiewohl der Gedankengang Kohlers — was unten nachzuweisen sein wird — nicht durchweg zutreffend ist. Man wird auch den Anhängern der Theorie von der Rechtspersönlichkeit der OHG zugeben müssen, dass die OHG, verglichen mit dem bürgerlichen Gesellschaftsrecht, starke Modifikationen gegenüber dieser, die sie der juristischen Person angleicht, aufweist. Die Unterschiede der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft und der OHG müssen nunmehr aber darauf geprüft werden, ob sie wirklich den Schluss der genannten Autoren rechtfertigen. Der Hauptgesichtspunkt, der hier eingreift, ist der, dass das Gesellschaftsvermögen bei der OHG eine viel weitergreifende Verselbständigung erfahren hat, als dass der Gesellschaft des BGB. Das zeigt sich einmal darin, dass nach § 105 Abs. 1 HGB die OHG einen einheitlichen Namen, nämlich die Gesellschaftsfirma haben muss, und sie nach § 124 HGB unter dieser ihrer Firma Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann. Die der OHG hierin beigelegte Parteifähigkeit findet ihr Korrelat im Vollstreckungsrecht darin, dass nach § 124 Abs. 2 HGB zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschaft als solche gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich ist. Damit hängt auch zusammen, dass die K. O. einen besonderen Konkurs über das Gesellschaftsvermögen vorsieht (§ 209 K. O.). Diese gegenüber der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft starke Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens zwingt jedoch nicht, eine juristische Person als vorliegend zu erachten. Man muss sich vergegenwärtigen, dass die Mannigfaltigkeit des Lebens sich nicht auf die Bildung extremer Gegensätze einer absoluten Verselbständigung von Gemeinschaftsvermögen in der Form einer juristischen Person auf der einen Seite und auf die blosse Verbindung mehrerer Personen zu einem gemeinschaftlichen Zweck ohne dass die diesem Zwecke gewidmeten Mittel der Verbundenen eine rechtlich gesonderte Existenz erhielte, beschränkte oder auch nur beschränken könnte. Logisch sind beide Extreme denkbar. Das Leben aber mit seinen mannigfachen Bestrebungen schafft sich im Gesetz und Parteivereinbarung eine Fülle von Spielarten, die den logischen Extremen näher oder ferner stehen. So sind es im wesentlichen Intensitätsunterschiede, die zwischen den verschiedenen Gemeinschaftsformen bestehen und die Frage nach der Rechtspersönlichkeit einer Gemeinschaft muss auf die andere zurückgeführt werden: Hat das Gemeinschaftsvermögen eine so starke Verselbständigung und tritt die Bedeutung des

einzelnen Gemeinschaftsmitgliedes gegenüber der Gemeinschaft so stark zurück, dass wir das Gemeinschaftsvermögen als einer über den einzelnen Gemeinschaftsmitgliedern stehenden Rechtspersönlichkeit gehörig und die Funktionen der Gemeinschaft wiederum als von einer besonderen Rechtspersönlichkeit ausgehend ansehen dürfen. Demgemäss sind für die Entscheidung unserer Frage zwei Punkte zu prüfen:

1. Wie weit ist die Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens durchgeführt? (vermögensrechtliches Moment).

2. Wie stark ist der Einfluss des einzelnen offenen Handelsgesellschafters auf die Funktionen der OHG? (personenrechtliches Moment).

Beides verglichen mit dem Verein und der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft.

β) Auch bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft ist das Gesellschaftsvermögen bereits stark verselbständigt. Nach § 718 BGB werden die Beiträge der Gesellschafter, die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände, sowie die sogenannten Surrogate der Gesellschaftsrechte gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen). Dieses Gesellschaftsvermögen ist eben, weil es nicht den Zwecken des Einzelnen, sondern den Zwecken der Gemeinschaft dienen soll. der Disposition des einzelnen Gesellschafters entzogen. Es ist, wie das Reichsgericht sagt: „für die Zwecke der Gesellschaft dergestalt zusammengefasst, dass der Wille des Einzelnen als solcher inbezug darauf unwirksam ist, dass nur die sämtlichen Gesellschafter, die als eine mit einem Willen ausgestattete Einheit zu denken sind, darüber verfügen können". Das äussert sich im einzelnen darin, dass der Gesellschafter über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen ebensowenig wie an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen kann. Ja, er ist nicht einmal berechtigt, solange die Gesellschaft besteht, Teilung zu verlangen. Die Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen kommt auch darin zum Ausdruck, dass der Schuldner gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen kann. Aus der sich darin ausdrükkenden Absonderung des Gesellschaftsvermögens als einer besonderen neben dem Gesellschaftsvermögen stehenden rechtlichen Einheit, darf aber noch nicht geschlossen werden, dass sich auch die rechtliche Zuständigkeit dieses Vermögens verändert hätte. Träger dieses Vermögens sind die Gesellschafter, auch wenn ihnen als Einzelnen die freie Disposition darüber entzogen ist. Das kommt schon darin zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber in § 718 BGB von einem gemeinschaftlichen Vermögen der „Gesellschafter" spricht. Zeigt sich auch darin, dass nach § 736 ZPO zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist. Obwohl also — das ist das Ergebnis dieser Prüfung — das Gesellschaftsvermögen eine abgesonderte rechtliche Stellung neben dem Gesellschaftsvermögen hat, bleibt es doch immer noch Vermögen der Gesellschafter und wird nicht der Gesellschaft als besonderem Rechtssubjekt zugeschrieben, mit anderen Worten, das Schlagwort der Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens sagt

nichts über die rechtliche Zuständigkeit desselben, d h. über das rechtliche Wesen der Gemeinschaft aus, sondern nur etwas über die Dispositionsfreiheit der Gemeinschaftsmitglieder. Daraus folgt, dass aus § 124 HGB noch nicht allein geschlossen werden darf, dass die OHG eine juristische Person sei. Wenn aus dieser Bestimmung eine Rechtsträgerschaft der OHG abgeleitet wird, so kann dies nicht bedeuten, dass die erworbenen Rechte der OHG als solcher zustünden, sondern sagt nur in formaler Beziehung aus, dass die Gesellschafter einfach unter Gebrauch der Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können. Die Vorschrift des § 124 HGB hat insofern nur die Bedeutung der Vereinfachung des geschäftlichen Verkehrs der Gesellschafter mit der Aussenwelt. Denselben Zweck (Vereinfachung des Geschäftsverkehrs) hat es, wenn die OHG vor Gericht klagen und verklagt werden kann. Auch hier werden unter der Firma in Wahrheit die Gesellschafter ergriffen. Man könnte freilich einwenden, dass dann die Zwangsvollstreckung aus einem gegen die Gesellschaft ergangenen Urteil auch in das private Vermögen der Gesellschafter möglich sein müsste, was nach § 129 Abs. 4 HGB nicht der Fall ist. Das hängt aber damit zusammen, dass, wenn die Gesellschafter unter ihrer Firma auftreten, sie nicht überhaupt von der rechtsgeschäftlichen oder Prozesshandlung ergriffen werden, sondern nur insoweit, als sie Gesellschafter sind; wenn sie auch durch Verpflichtungen persönlich verpflichtet werden, so ist ihre Haftung, sofern sie unter der Firma der Gesellschaft in Anspruch genommen werden, beschränkt auf ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen. Man kann daher wohl mit Recht bei den Gesellschaftsschulden von einer Schuld mit doppelter Haftung sprechen. Einmal haften für die Gesellschaftsschulden, sofern diese unter der Firma gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden, die Gesellschafter nur mit ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen, andererseits haften sie, wenn sie wegen ihrer Schuld unmittelbar in Anspruch genommen werden mit ihren gesamten persönlichen Vermögen, mit Ausnahme ihres Anteils am Gesellschaftsvermögen. In alledem zeigt sich, dass die Bestimmungen des § 124 HGB es nicht rechtfertigen, der OHG selbständige Rechtsträgerschaft zuzusprechen. Rechte und Verbindlichkeiten stehen den Gesellschaftern zu. Die Besonderheiten des Paragraphen betreffen, soweit es sich um Verbindlichkeiten handelt, nur die Geltendmachung der doppelten Haftung ihrer Schuld, soweit es sich um Rechte handelt, nur die Frage, welchem dieser beiden Haftungskomplexe der erworbene Gegenstand zugeführt werden soll.

Die obigen Ausführungen versuchten den § 124 HGB mit der Gesellschaftsnatur der OGH dadurch zu vereinigen, dass sie die These der doppelten Haftung für eine Schuld in das Gesellschaftsrecht einführten. Die Behauptung bedarf der näheren Rechtfertigung. Die Vertreter der Ansicht, die in der OHG eine juristische Person sieht, wird einwenden, dass auch sie das Nebeneinander der Gesellschafts- und der Gesellschafterhaftung zu deuten vermag. Kraft Gesetzes § 128 HGB schulden die Gesellschafter das, was die Gesellschaft diesen schuldet als Gesamtschuldner. Nicht ein Gesamthaftungs- sondern ein Gesamtschuldverhältnis ist gegeben. Es ist hier festzustellen, dass die obigen Ausführungen zunächst nur einen Zweck verfolgten, nämlich den, nachzuweisen,

dass § 124 HGB auch den Gegnern der Persönlichkeitslehre keine unüberwindlichen Hindernisse bereitet, woraus das mit Notwendigkeit folgt, dass in § 124 HGB nicht die Entscheidung für die Frage gefunden werden kann, ob die OHG Rechtspersönlichkeit habe oder nicht. Vom Standpunkt der herrschenden Lehre endet die Auseinandersetzung mit dieser Bestimmung in der Aufstellung von der Gesamthaftungslehre, während die Gegenmeinung von einem Gesamtschuldverhältnis notwendig sprechen muss. Indem wir aber erkennen, dass die Annahme eines Gesamtschuld- oder eines Gesamthaftungsverhältnisses eine notwendige Konsequenz der verschiedenen Auffassung des rechtlichen Wesens der OHG ist, müssen wir von den §§ 124 und 129 HGB, die sich wie auch immer mit beiden Lehren vereinen lassen, als Ausgangspunkt für die Entscheidung unserer Hauptfrage absehen. Damit ist den Anhängern der Persönlichkeitslehre, die sich hauptsächlich auf die §§ 124, 129 HGB stützen, eine wesentliche Stütze ihres Gedankenganges genommen. Nicht aus den §§ 124, 129 HGB darf die Entscheidung gewonnen werden, — denn die Bestimmungen gewinnen ihren eindeutigen Sinn erst aus der Beantwortung der aufgeworfenen Frage — sondern aus anderen Kriterien.

Wie ausgeführt, hat Kohler[1]) darauf hingewiesen, dass die Verweisung des § 105 Abs. 2 HGB eigentlich keinen rechten Sinn habe, wenn man die OHG als Gesellschaft auffasst. Aber das hat Kohler freilich nicht erklärt, wie sich die subsidiär nun doch vorgeschriebene Anwendung der Gesellschaftsregeln mit dem Rechtssubjektscharakter der OHG vereinen soll. § 718 BGB, der nach § 105 Abs 2 HGB zweifellos zur Anwendung zu kommen hat, setzt Anteile der Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen voraus. Wäre die OGH eine juristische Person, so wären Anteile der Gesellschafter an dem Vermögen der juristischen Person schlechthin nicht denkbar, denn Anteile der Gesellschafter an dem Vermögen der OHG annehmen, hiesse dem Gesellschaftsvermögen eine doppelte rechtliche Zuständigkeit geben. Es gehörte sowohl der Gesellschaft als juristischer Person, als auch anteilmässig den Mitgliedern dieser juristischen Person, was die Gegenmeinung nicht behaupten kann, tatsächlich auch niemals behauptet hat. Tatsächlich haben sich die Vertreter der Rechtspersönlichkeitslehre mit diesem Punkt auch niemals auseinandergesetzt, welchen Sinn es haben solle, wenn man in der OHG eine juristische Person sieht, von Anteilen am Gesellschaftsvermögen zu sprechen. Faktisch ist diese Frage unlösbar. Es bleibt nur eine Möglichkeit aus dem Dilemma zu helfen, nämlich die Lehre von der juristischen Persönlichkeit aufzugeben. Es bleibt dann allerdings noch die Frage, wie die Auffassung, die in der offenen Handelsgesellschaft eine Gesellschaft sieht, die Verweisung des § 105 Abs. 2 HGB mit dem Artikel 2 E. G. zum HGB vereinbaren will. Die Verweisung des § 105 Abs. 2 HGB ist aber keineswegs, wie Kohler meint, überflüssig, denn existierte sie nicht, dann würde zwar sicher infolge des Art. 2 das Bürgerliche Recht subsidiär auf die OHG anzuwenden sein, aber immer noch die Frage offen bleiben, ob das Vereinsrecht oder das Gesellschaftsrecht. Und diese Frage, welcher Normenkomplex innerhalb des bürgerlichen Rechts

[1]) Arch. ziv. Prax. Bd. 91, S. 204, Note 48.

Anwendung findet, wird durch die Verweisung des § 105 Abs. 2 HGB geklärt. Machen wir aber mit der Anwendung des Gesellschaftsrechts, insbesondere des § 718 BGB ernst, dann fällt die Lehre von der Rechtspersönlichkeit der OHG in sich zusammen, ohne dass der Verweisung des § 105 Abs. 2 HGB ihre selbständige Bedeutung genommen wäre.

Nun macht Kohler[1]) zwar geltend, der § 105 Abs. 2 HGB habe die Bedeutung, dass, obwohl es sich um eine juristische Person handelt, das Innenverhältnis der Gesellschaft ausnahmsweise sich nach Gesellschaftsrecht und nicht nach Vereinsrecht regele. Diese Einschränkung aber entbehrt jeder Berechtigung. Da das Gesetz eine dahingehende Einschränkung nicht macht, so müssen auch die, die Konstitution und das Aussenverhältnis betreffenden Vorschriften auf die OHG angewandt werden, insbesondere auch unser § 718 BGB, den wir für unsere obige Gedankenfolge verwertet haben. Kohler[2]) meint ferner, dass schon die Tatsache, dass die Grundstücke unter dem Namen der Gesellschaft eingetragen werden und ferner, dass es einen besonderen Gesellschaftskonkurs gibt, daran mahnen, dass bei der OHG etwas Besonderes, von der Bürgerlichen Gesellschaft Abweichendes, vorliegt. Aber auch das schlägt nicht durch, denn auch die Eintragung eines Grundstücks auf die vom bürgerlichen Namen abweichende Firma eines Einzelkaufmanns wird von vielen für zulässig erachtet. Auch aus dem Grunde kann daraus, dass bei dem Erwerbe von Grundstücken durch die OHG in die Eigentümerrubrik des Grundbuchs nur die Firma und nicht die Namen der Gesellschafter eingetragen werden, nicht auf die Rechtspersönlichkeit der OHG geschlossen werden, weil die Eintragung der Firma in das Grundbuch lediglich als abgekürzte Bezeichnung der jederzeit aus dem Handelsregister ersichtlichen Gesellschafter aufzufassen ist. Wenn ferner ein selbständiger Konkurs über das Gesellschaftsvermögen zugelassen wird, so ist das eine im Interesse der Gläubiger getroffene besondere Rechtsbildung, die umsoweniger für die Rechtspersönlichkeit der OHG spricht, als auch für nichtrechtsfähige Vereine ein besonderer Konkurs über das Vereinsvermögen Platz greifen kann.

Das durchschlagende Entscheidungsmotiv findet Kohler aber nicht im bürgerlichen Recht, sondern im Völkerrecht. Es ist eine wichtige, völkerrechtliche Frage, führt Kohler aus[3]), wie sich die Rechte der Gläubiger verhalten zu den Gesetzen eines Staates, welcher seine eigenen Schulden durch Staatsgesetz vermindert und auf gewisse Prozente herabsetzt. Es sei ein anerkannter, völkerrechtlicher Satz, dass eine derartige Herabsetzung nur gegenüber Staatsangehörigen Platz greifen könne, nicht aber gegenüber Mitgliedern eines fremden Staates. Wie nun, fragt Kohler, im Gesellschaftsrecht. Er meint, dass ebenso wie bei Aktiengesellschaften die Nationalität der Aktionäre nicht in Betracht kommt, sondern die Nationalität der Aktiengesellschaft durch ihren Sitz bestimmt wird, und es sich hieraus ergibt, ob die Gesellschaft

---

[1]) Z. f. d. ges. H. R. Bd. 74 (1913) S. 459. und Arch. für Bürg Recht Bd. 40, (1914) S 259.

[2]) Z. f. d. ges. H. R; Bd. 74 (1913) S. 457.

[3]) Z. f. d. ges. H. R. Bd. 74 S. 459.

Inländerin oder Ausländerin sei, es auch bei der offenen Handelsgesellschaft gehalten werden müsse. Allein, die Gesichtspunkte, die er aus dem Völkerrecht ableitet, stellen, wie Lehmann[1]) mit Recht hervorhebt, reine Zweckmässigkeitserwägungen völkerrechtlicher Art dar. So wünschenswert es sein möchte, wenn der OHG für die Lösung völkerrechtlicher Verhältnisse Rechtspersönlichkeit beigelegt wäre, so kann daraus doch nicht gefolgert werden, dass die Struktur der OHG nach geltendem innerstaatlichen deutschen Recht die Annahme einer juristischen Person zuliesse. Die obigen Ausführungen beweisen, dass das Verlangen nach „juristischer Schönheit", wie Kohler den letzten Grund seiner Auffassung bezeichnet[2]), nicht dazu führen darf, sich über den Inhalt des geltenden Rechts hinwegzusetzen und schon das als Wirklichkeit vorweg zu nehmen, was blosser Wunsch ist.

Die Tatsache, dass die OHG in manchen Beziehungen dem Verein entsprechend geregelt ist und ihm nahe kommt, erklärt, dass sich eine Reihe vermittelnder Theorien über die Rechtsnatur der OHG gebildet haben.

αα) So behauptet Dahn, dass die OHG mit zwei Beschränkungen wie eine juristische Person angesehen wird: nämlich sie gilt als juristische Person nur in einer Richtung — nach aussen, Dritten gegenüber, nicht nach innen im Verhältnis der Gesellschafter untereinander — und nur unter einer Voraussetzung, nämlich, wenn und soweit die Firma Stand hält. Dahn bezeichnet die OHG in diesem Sinne als relative juristische Person[3]). Ebenso behauptet Gareis[4]), dass die OHG wie alle anderen echten Handelsgesellschaften rechtsfähig sei, dass sich aber diese Rechtsfähigkeit auf den Umkreis der Rechtsverhältnisse beschränke, für welche oder innerhalb deren Handlungen unter der Firma vorgenommen werden, eine Einschränkung, welche ihren Ausdruck in der Bezeichnung der OHG als einer „relativen, d. h. nur in gewissen Beziehungen anzunehmenden juristischen Person" finde. Diese vermittelnden Auffassungen erinnern an die Auslegung, die Kohler dem § 105 Abs. 2 HGB angedeihen lässt, wenn er im Innenverhältnis der Gesellschafter Gesellschaftsrecht, im übrigen Vereinsrecht anwendet. Mit diesen Theorien ist aber nur das eine erkannt, dass die OHG in mehrfacher Beziehung der juristischen Person gleicht, nicht aber ist die materielle Frage entschieden, wer Subjekt der Rechte ist, die die Gesellschaft unter ihrer Firma erwirbt, insbesondere also nicht die des Eigentums am Gesellschaftsvermögen und die der Prozessführung[5]). So bleibt die entscheidende Frage bei dieser Theorie offen. Dernburg[6]) will das Problem dialektisch durch die Formulierung lösen, die offene Handelsgesellschaft ist nicht juristische Person, aber sie wird in wichtigen Beziehungen so behandelt, wie wenn sie dies wäre.

---

[1]) Z. f. Handelsrecht Bd. 74 (1913) S 462 ff u. 78 (1916) 308 ff.
[2]) Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 40 S. 235.
[3]) Handelsrechtliche Vorträge, S. 76/77.
[4]) Lehrbuch § 24, S. 175 und 176. § 27 Anm 5 und Handausgabe zu § 105.
[5]) Vgl. auch Lehmann, Lehrbuch, S. 288 und Staub, Bem. zu § 105, Anm. 8, S. 536.
[6]) II, 2, S. 558, 559.

$\beta\beta$) Mit dieser Formulierung ist ebensowenig gewonnen, wie mit dem Begriff der „formellen Rechtsfähigkeit", den Meurer[1]) prägt. Er versteht darunter eine Vereinigung, die, obwohl sie kraft gesetzlicher Normierung nach aussen wie eine juristische Person funktioniert, doch keine juristische Person ist, wenn sie nach innen kraft positiver Normierung das Bild der Gesellschaft zeigt und das soll nun bei der OHG der Fall sein. Letzten Endes beruht also auch diese Auffassung auf der Scheidung des Innen- und Aussenverhältnisses, die zwar für die Funktionen der OHG von Bedeutung sein mag, die aber die Frage, wem steht das Gesellschaftsvermögen zu, offen lässt.

$\gamma\gamma$) Das Gleiche gilt von den Ausführungen Walther Schönfelds in Jherings Jahrbüchern Bd. 75 (1925) S. 333 ff. Die entscheidende Formulierung in der längeren meist philosophischen Abhandlung findet sich auf Seite 351 ff. Es heisst dort: „Gesamte Hand als Personenverband und juristische Person als Verbandsperson schliessen sich notwendig aus. Es ist undenkbar, dass die gesamte Hand rechtsfähig sein könnte, ohne juristische Person zu sein, wie Gierke, Jäger u. a.[2]) behaupten; es ist auch undenkbar, dass die eine durch Elemente der anderen modifiziert werden könnte, wie Karl Lehmann[3]) meint; aber es kann sehr wohl eine Vielheit von Personen in der einen Hinsicht Personenverband oder gesamte Hand, in der anderen Verbandsperson oder juristische Person sein, und bei der OHG ist es ersichtlich so. Das ist weder die Gareis'sche relative juristische Person, von der L. Goldschmidt[4]) gehöhnt hat, sie wäre „wie die Poloniussche Wolke im Hamlet, je nach dem Standpunkt des Beschauers von vorne oder von hinten gesehen oder nach der Luftspiegelung bald Wiesel-, bald Kamel usw.", noch Hafts[5]) juristische Person zweiter Ordnung, auch nicht Jägers und Lehmanns „Mittelstufe"[6]), weil damit jeweilen eine Einheitlichkeit behauptet wird, die nicht vorhanden ist. Vielmehr hat Dernburg[7]) ohne alle tiefergehende Analyse mit der Intuition des genialen Juristen das Richtige getroffen, wenn er sagt: „Es ist also anzuerkennen, dass die OHG kein einheitliches juristisches Gebilde ist. . . . . Sie ist . . . . keine juristische Person, aber soweit dies zweckmässig ist, und Gerechtigkeit und Billigkeit nicht widersprechen, hat sie Eigentümlichkeiten einer solchen angenommen". Darum ist sie in materieller Hinsicht eine Gesellschaft und kein Verein, was namentlich in der Subsidiarität des Bürgerlichen Gesellschaftsrechts gemäss § 105 Abs. 2 HGB zum Ausdruck kommt, darum kann sie andererseits selbständig klagen und verklagt, vollstreckt und Gemeinschuldnerin werden, darum kann der Gesellschafter mit der Gesellschaft prozessieren und im Gesellschaftsprozess als Dritter auftreten, sei es als Zeuge, soweit er nicht die Parteieide

[1]) Meurer, Die juristischen Personen § 8, S. 72 ff., insbesondere S. 79.
[2]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht I (1895) S. 682. Jäger, a. a. O. allenthalben, bes. S. 16.
[3]) Z. f. H. R. 78, (1916), 308.
[4]) Z. f. H. R. 36 (1889), 310.
[5]) Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts (1918) S. 241.
[6]) a. a. O. S. 16.
[7]) Bürgerliches Recht II, 3. Aufl. 1905, S. 638.

zu leisten hat, sei es als Neben- oder Hauptintervenient, wie das Jäger a. a. O. im einzelnen überzeugend ausgeführt hat". Richtig ist die Abgrenzung, die Schönfeld von seiner Lehre zu den oben unter $\alpha\alpha$) und $\beta\beta$) behandelten gibt. In der Tat behauptet er nicht, wie es Gareis und die anderen tun, dass die OHG ein wie auch immer geartetes rechtlich *einheitlich* gestaltetes Gebilde sei, wenn er aber glaubt, das Wesen der OHG dadurch bestimmt zu haben, dass er in der OHG in der einen Hinsicht einen Gesamthandsverband, in der anderen eine juristische Person sieht, so ist diese „Lösung" aus zwei Gründen unerträglich:

einmal enthält sie einen glatten Verzicht auf eine Konstruktion. Denn ein Rechtsgebilde konstruieren heisst, die Vielgestaltigkeit der sie betreffenden Normen auf eine sie als *Einheit* auffassende Grundformel zurückzuführen. Schönfeld hat diese Konsequenz seiner Anschauung auch deutlich gefühlt, wenn er am Schluss seiner Ausführungen S. 373 ff sagt: „Meint aber jemand, dass damit praktisch nichts gewonnen sei, indem man vom Subjekt zum Objekt, vom Objekt zum Subjekt verwiesen werde, so wäre das hier Erstrebte und vielleicht Geleistete zwar nicht gerade höflich, aber doch zutreffend gekennzeichnet. Denn darauf kam es an, den Glauben zu zerstören, dass aus der Konstruktion als Rechtsperson oder gesamter Hand irgend etwas zu folgern sei".

Es bliebe also scheinbar nur, mit Schönfeld über den Wert einer Konstruktion überhaupt zu rechten. Wenn er nun meint, dass aus der Konstruktion als Rechtsperson oder gesamter Hand nichts zu folgern sei, so irrt er. Schönfeld will offenbar, um die Rechtsfolgen zu bestimmen, auf einzelne gesetzliche Tatbestände zurückgreifen und ohne sich um jene Konstruktion zu kümmern, die Lösung versuchen. Insoweit die gesuchte Norm vorhanden ist, mag die Konstruktion ohne (abgesehen von der intellektuellen) praktische Bedeutung sein. Ohne Konstruktion geht es aber nicht ab, wenn eine den Tatbestand ergreifende Norm nicht vorhanden ist. Aus welchen Gesichtspunkten soll dann eine Lösung gefunden werden? Dann nützt die Formulierung Schönfelds: die OGH ist in dieser Beziehung Gesamthandsverband, in jener Rechtsperson nichts, denn es bleibt offen, welche Beziehung in concreto in Frage steht. Der gedankliche Vorgang bei jeder Konstruktion ist der, dass aus einem *gegebenen* Normenkomplex nach ihrem einheitlichen Sinn gesucht wird (induktive synthetische Methode), aus dem dann die gesuchte, *nicht gegebene* Norm entwickelt wird (deduktive analytische Methode). Daraus folgt: Der Verzicht auf die Erfassung des einheitlichen Sinnes des gegebenen Normenkomplexes enthält den Verzicht auf die Findung gesuchter, nicht gegebener Normen. Daher verletzt die Auffassung Schönfelds einerseits den Wunsch jedes Intellekts nach Synthese, andererseits verschliesst sie den einzig möglichen Weg, Lücken des Gesetzes zu ergänzen.

Auf unser Problem angewandt, kann man Schönfeld die Frage entgegenhalten: soll, wenn die Deliktsfähigkeit der OHG zu erwägen steht, die OHG als Gesamthandsverband oder als Rechtsperson angesehen werden? Wie er diese Frage entscheiden will, ohne auf das Wesen der OHG konstruktiv einzugehen, ist nicht ersichtlich.

δδ) Eine insbesondere prozessuale Gesichtspunkte berücksichtigende Theorie ist die Wachs[1]), von der „formellen Parteifähigkeit" der nicht rechtsfähigen Personenvereine, insbesondere der OHG, der zufolge mangels einer rechtlichen Verschiedenheit des Haftungsobjekts im Gesellschafter- und Firmenprozess (S. 526) eine „Klage gegen die und seitens der Gesellschaft" nur eine „Klage seitens und gegen die Gesellschafter als Streitgenossen" ist. (S. 530.) Wach geht von dem alten Handelsgesetzbuch aus. Entsprechend der Übung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts hat nun aber im neuen Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219) die Bestimmung Aufnahme gefunden, dass ein gegen die Gesellschaft als solche ergangenes Urteil nicht in das Privatvermögen der Gesellschafter vollstreckt werden kann (§ 129 Abs. 4 HGB) und umgekehrt zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Titel erforderlich ist. Damit sind der Wach'schen Gedankenfolge die Voraussetzungen genommen, denn die beiden Bestimmungen lassen es nicht zu, in der Gesellschaft als solcher nur eine Summierung der einzelnen Gesellschafter zu erblicken, zwingen vielmehr zu der Annahme, dass dem einheitlichen Namen der Gesellschaft auch eine tatsächliche materiell-rechtliche Einheit entspricht.

Konrad Hellwig hat seinerseits den Begriff des materiell-rechtlichen Sondervermögens geprägt, das „während der Dauer der separatio als mit selbständiger Rechtsfähigkeit ausgerüstet, anzusehen ist[2])". Es erscheint schon an sich als eine Willkür, wenn Hellwig ein Vermögen ohne gesetzliche Grundlage zum Träger von Rechten und Pflichten stempelt, als dessen Subjekt übrigens wie Hellwig ausdrücklich bemerkt, die Gesellschaft zu denken ist[3]), umsomehr als die Gesellschafter es jederzeit in der Hand haben, dieses „selbständige Sondervermögen" durch einstimmigen Beschluss in ein Nichts zerfliessen zu lassen. Aber auch abgesehen davon ist die Ansicht Hellwigs nicht zutreffend. Wenn er die Stellung des Handelsgesellschaftsvermögens mit sonstigen Vermögensmassen, die als solche klagen und verklagt werden können, vergleicht, [er denkt dabei an den unter der Verwaltung des Testamentsvollstreckers liegenden Nachlass[4]) und die vom Konkursverwalter verwaltete Konkursmasse[5])], so ist ihm zugegeben, dass das Gesellschaftsvermögen ein abgesondertes Vermögen darstellt, es fehlt aber an dem, was Hellwig selbst als Voraussetzung einer selbständigen Vermögensmasse verlangt[6]), nämlich die, das Subjekt ausschliessende Verwaltung. Hellwig behauptet zwar[7]), dass das, was bisher Privatvermögen der Gesellschafter war, durch den Gesellschaftsvertrag unter die Verwaltung der Gesellschaft gekommen sei. Aber die Frage ist ja eben die,

[1]) Vgl. Wach, Handbuch I, S. 524 ff und bei Busch, Bd 9, S 433. Diese Ansicht wird auch vertreten von Thöl, Handelsrecht, I, S. 329 und Keyssner, Z. f. H. R. Bd. 10, S. 374 und Bd. XI, S. 351.

[2]) Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts Bd. I S. 308.

[3]) Anspruch und Klagrecht S 267.

[4]) a. a. O. S. 220 ff.

[5]) a. a. O. S. 228 ff.

[6]) a. a. O. S 237.

[7]) a a. O. S. 267

ob die Gesellschaft wirklich ein neues Subjekt neben den Gesellschaftern darstellt, so dass uns die Lehre vom selbständigen Sondervermögen deswegen hierauf keine Antwort geben kann, weil sie letzten Endes das voraussetzt, was sie beweisen will.

εε) Eine eigenartige Ansicht vertritt Makower[1]). Er behauptet einerseits, die offene Handelsgesellschaft sei keine juristische Person, sondern eine Gesellschaft, andererseits die offene Handelsgesellschaft sei rechtsfähig. Derselben Meinung tritt Jäger bei in seiner Schrift: „Die OHG im Zivilprozess, Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Rudolf Sohm 1915". „Ist", so führt er aus, „hiernach die OHG allerdings keine „juristische Person", so ist doch zu beachten, dass einer selbständig rechtsfähigen, unter selbständigen Gesamtnamen auftretenden und organisierten Gesamtheit (auch einer derartigen Gemeinschaft zur gesamten Hand) grundsätzlich dieselbe Stellung im privaten Rechtsverkehr eingeräumt werden muss, wie einer juristischen Person. Es ist eine Vermögenseinheit vorhanden, die, wie eine bestimmte Person behandelt werden darf". Die Worte des § 124 HGB „Kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden" sieht Makower als gleichbedeutend an mit „ist rechtsfähig". Der in den §§ 1. 21 BGB vorausgesetzte Begriff der Rechtsfähigkeit habe keinen anderen Inhalt, als die in § 124 Abs. 1 des HGB einzeln aufgeführten Rechte. Diese Ausführungen Makowers stehen aber mit sich selbst in Widerspruch, denn die Begriffe juristische Person und rechtsfähig sein, sind identisch. Rechtsfähig sein, heisst Person sein, und es gibt nur sogenannte natürliche und sogenannte juristische Personen. Weder das eine, noch das andere und doch rechtsfähig sein, ist ein Widerspruch in sich selbst. Wenn daher Makower meint, der in den § § 1 und 21 des BGB vorausgesetzte Begriff der Rechtsfähigkeit habe keinen anderen Inhalt, als die in § 124 Abs. 1 des HGB einzeln aufgeführten Rechte und daraus die Rechtsfähigkeit der OHG folgert, so ist es unverständlich, wenn er in gleichem Atemzuge es ablehnt, in der OHG eine juristische Person zu sehen[2]).

ζζ) Bisher haben wir uns mit den verschiedenen Auffassungen auseinandergesetzt, die in der offenen Handelsgesellschaft eine juristische Person erblicken oder doch das Wesen der OHG ähnlich auffassen. Bevor wir unsere eigene Auffassung darlegen, müssen wir uns mit der Theorie Labands auseinandersetzen, die in eigenartiger Weise der OHG sowohl die Natur einer juristischen Person als auch die einer Gesellschaft abspricht[3]). Er sieht in den verschiedenen Handelsgesellschaften nicht verschiedene Gesellschaftsarten, sondern unterschiedliche „Haftungsarten". Er legt den Handelsgesellschaften nicht eine Verschiedenheit des Gesellschaftsverhältnisses zu Grunde, sondern eine solche der Haftung und sieht demgemäss in der OHG „nicht ein Rechtsverhältnis, bei welchem die Beteiligten diese oder jene Rechte und Pflichten *gegeneinander* haben," sondern nur ein solches „kraft dessen die Beteiligten solidarisch und

[1]) Handelsgesetzbuch mit Kommentar § 105, Anm. Ic 2 § 124, Anm. Ia.
[2]) Vgl. auch Lehmann-Ring, Buch II, Einl. S. 216/217.
[3]) Laband, Zeitschr. f. das ges. H. R. Bd. 30, S. 469 ff. und Bd. 31, S. 1 ff.

mit ihrem ganzen Vermögen für alle aus einem gewissen Gewerbebetrieb hervorgehenden Verbindlichkeiten *haften*". Hierin liege das Bezeichnende der OHG gegenüber anderen „Gesellschaftsformen", aber „das wirkliche Sozietätsverhältnis könne bei der OHG ebenso wie bei der stillen oder der Kommanditgesellschaft normiert oder auch der Struktur des Aktienvereins nachgebildet sein"[1]). Es ist dies ein völlig anderer Einteilungsgrund, nach welchem die Handelsgesellschaften beurteilt werden. Die Grundlage für diese Theorie ist darin zu finden, dass Laband, um die Frage entscheiden zu können, ob eine Gemeinschaft Rechtspersönlichkeit habe oder nicht, von der Fragestellung aus geht, ob die Mitglieder für die Gemeinschaftsschulden haften oder nicht. Im verneinenden Falle nimmt Laband Rechtspersönlichkeit an, im bejahenden Falle lehnt er sie ab. Die juristische Persönlichkeit des Vereins wird ihm also erkennbar in der Nichthaftung der Mitglieder für die Vereinsschulden[2]). Denn so folgert er, „wenn der Staat durch allgemeinen Rechtssatz oder durch lex specialis (Verleihung) hinsichtlich einer Vereinigung von Personen die Haftung der letzteren für die Schulden des Vereins ausschliesst, so schliesst er implicite sie auch von dem aktiven Vermögen desselben aus und er schafft in dem Verein als solchem einen selbständigen Träger von pekuniären Verpflichtungen und Rechten". Er kommt auf diese Weise zu folgendem Prinzip:[3]) „Vereinigungen, bei welchen das objektive Recht die Mitglieder von der Haftung für die zur Erreichung der Gemeinschaftszwecke eingegangenen Verbindlichkeiten befreit, sind juristische Personen; Vereinigungen, bei welchen Mitglieder als solche für die zur Erreichung der Gemeinschaftszwecke eingegangenen Verbindlichkeiten haften, sind Rechtsverhältnisse." Von diesem Grundsatz aus legt er von allen Handelsgesellschaften nur einer einzigen, nämlich der Aktiengesellschaft, den Charakter der juristischen Person zu, während er alle übrigen der juristischen Kategorie der Societät unterordnet.

Der Auffassung Labands tritt zunächst das neue Handelsgestzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219) entschieden entgegen[4]). Die Denkschrift[5]) bezeichnet als für die Feststellung des Begriffs und des Wesens der OHG massgebend, „dass die OHG auf einem Gesellschaftsvertrage beruht und nicht, wie dies für das geltende Recht von einzelnen Seiten angenommen wird, als ein Verhältnis betrachtet werden kann, durch das ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegenden inneren Beziehungen der Beteiligten lediglich die Haftung für die Schulden eines unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Handelsgewerbes geregelt wird".

Überdies ist die Auffassung Labands methodisch unrichtig. Er will die Frage, ob eine juristische Person gegeben ist oder nicht, von der Haftung oder

---

[1]) Laband a. a. O. S. 508/509.
[2]) Laband a. a. O. S. 500.
[3]) Laband a. a. O. S. 502.
[4]) Vgl. auch Lehmann-Ring, a. a. O. S. 221.
[5]) Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes (Reichstag, 9. Legislaturperiode IV. Session 1895/97 in von Hahns ges. Materialien zu den Reichsjustizgesetzen — S. 80).

Nichthaftung der Gemeinschaftsglieder abhängig machen. Das Ergebnis, dass jemand haftet oder nicht, ist aber eine Rechtsfolge. Laband schliesst daher von einer Rechtsfolge auf den Tatbestand. Das ist methodisch deshalb verfehlt, weil man schlechterdings von der Rechtsfolge niemals auf den Tatbestand schliessen kann, denn eine Rechtsfolge ist nur, weil und soweit ein Tatbestand ist. Die Rechtsfolge hängt somit vom Tatbestand ab und Laband führt eine unbekannte Grösse auf neue unbekannte Grössen zurück. Wenn z. B. ein Gemeinschaftsgläubiger gegen ein Gemeinschaftsmitglied auf Zahlung einer Gemeinschaftsschuld klagt, und der Kläger behauptet, die Gemeinschaft sei eine offene Handelsgesellschaft, der Beklagte, sie sei ein Verein, so kann dieser erhebliche Streitpunkt nicht dadurch geklärt werden, dass man prüft, ob der Beklagte haftet oder nicht, denn die Haftung des Beklagten ist ja selbst streitig und soll durch Klärung des Inzidentpunktes erst ihrerseits geklärt werden[1]).

2. Nachdem wir die bisher unternommenen Versuche, das Wesen der offenen Handelsgesellschaft zu bestimmen, einer kurzen kritischen Betrachtung unterzogen und hierbei gefunden haben, dass keiner dieser Versuche als vollkommen befriedigend, nämlich als das Problem endgültig lösend angesehen werden kann, kommen wir zu dem Ergebnis, dass die OHG keine juristische Person, sondern nur ein auf Vertrag beruhendes Rechtsverhältnis darstellt. Die OHG ist ein deutschrechtliches Gebilde, welches in seiner Entwicklung auf die Ganerbschaften und das diese beherrschende Prinzip der gesamten Hand zurückzuführen ist[2]). Man hat demnach die OHG als die zu gemeinsamem Handelsbetrieb verbundenen Gesellschafter aufzufassen[3]). Das Wesen der per

---

[1]) Vgl. auch Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 438 ff.

[2]) Über die rechtsgeschichtliche Seite unserer Frage, die hier nicht weiter erörtert werden kann, vergleiche: Schmidt, Handelsgesellschaften in Deutschen-Stadtrechtsquellen, S. 35; Behrend, Handelsrecht § 63, Anm. 12, S. 461; Endemann, Handbuch, § 78 – Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 664, Abs. 3 und S. 670. — Über die handelsgesellschaftliche Gesamthand vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 342 ff.; Deutsches Privatrecht, I, S. 664 ff; II, S. 385 ff; Genossenschaftsrecht IV (1913), S. 378 ff, 415 ff.

[3]) So namentlich: Gierke, Deutsches Privatr. Bd. I S. 670 und Genossenschaftstheorie, S. 339 ff, insbes. 435 ff; Beseler, System des Deutschen Privatrechts § 229 ff. Behrend, Handelsrecht § 63 ff. — Cosack, H. R. § 210, S. 464 u. § 213, I 1b S. 470 und 471. Kuntze Z. f. H. R. Bd. 6, S. 177 ff — Dernburg, Pandekten, Bd. I, S. 61 und 146 und Preuss. Privatr. Bd. 2 § 217. — Thöl, Bd. I S. 310 § 88. Keyssner, Anm. 6 zu Art. 85; Renaud, S. 101 ff. — Willenbücher, Anm. 4 zu Art. 85. — Puchelt, Anm. 3 zu Art. 86. — Schulz, a. a. O. S. 12 ff. — Milch, a. a. O. S. 13 ff. — Bendix, S. 474 zu 2; Dernburg, Bürgl. Recht, Bd. II, 2, S. 558. — Engelmann, S. 385. Goldmann, S. 467, Nr. 14 zu § 105. Knoke, S. 11. — Könige, Anm. 2 zu § 105. - Lehmann, S. 259. Nr. 1 zu § 124. — Nagler im Sächs. A. Bd. 10, S. 727. — Rudorff, Abs. 1 zu § 105. Müller - Erzbach, D. H. R. Kap. 35, S. 185 ff. — Kormann, Cruchots Beitr. 75. Jahrg. (1913) S. 497 ff. — Brand, Handelsgesetzbuch, Bem. zu § 105, S. 307 ff. — Siméon-David, Recht und Rechtsgang im deutschen Reiche, Bd. I, 1 § 74a 4 S. 532. — Ritter, Kommentar, Bem. zu § 105. S. 146 ff. — Lehmann-Ring, Buch II, Einl. S. 217—218. - Staubs Kommentar, Bem. zu § 105. Anm. 8, S. 536 und Anm. 28, S. 542. — Oertmann, Grundriss des Deutschen Ziv. Proz. Rechts § 46, S. 100/101; ebenso RGE Bd. 9, Nr. 32. S. 144. 54. 280; 56, 209 u. 432; 61, 75; 65, 23 und 231; 68, 412; 74, 9; 79, 143; 84, 110; 105, 288; 107,

sonenrechtlichen Gemeinschaften, zu denen die OHG gehört, umschreibt Gierke[1] folgendermassen: „Das Wesen der personenrechtlichen Gemeinschaften beruht auf der rechtlichen Ordnung eines Zusammenhanges, der das Fürsichsein der einzelnen Menschen in einem bestimmten Bereiche aufhebt und durch Verbundenheit ersetzt. Von den verbundenen Personen löst sich kein selbständiges soziales Lebewesen mit eigener Persönlichkeit ab. Allein, in ihre Lebensordnungen tritt ein Stück gemeinsamer Lebensordnung ein. So ergibt sich eine von den Sondersphären der Beteiligten rechtlich unterschiedene Gemeinsphäre, als deren Träger die verbundenen Personen eine Personeneinheit darstellen. Innerhalb der Gemeinschaft herrscht insoweit statt getrennter Einzelwillen ein durch Verschmelzung der Willensgebiete geeigneter Gemeinschaftswille. Nach aussen erscheint insoweit die durch Zusammenfassung geeinigte Personenmehrheit als eine rechts- und handlungsfähige Kollektiveinheit. Denkt man die Verbandsperson als Organismus, so ist diese Personeneinheit zwar kein Organismus, aber eine organische Verbindung. Die personenrechtliche Gemeinschaft ist daher im Rechtssinne ein individualrechtliches Gebilde, enthält jedoch sozialrechtliche Keime." Es muss nämlich beachtet werden, dass im Gegensatz zur juristischen Person bei der OHG der Wille des einzelnen Gesellschafters auf die Funktionsbildung der Gemeinschaft von massgebendem Einfluss ist. Gerade in diesem personenrechtlichen Moment zeigt sich, dass die durch das Rechtsband der OHG vereinigte Menschengruppe keine juristische Person ist, denn da in dem gemeinschaftlichen Willen der Einzelwille jedes Mitgliedes als wesentlicher Wirkungsgrund enthalten ist (sei es in der Form des positiven oder des negativen Konsensprinzipes), „ist ein von dem Einzelwillen losgelöster und ihnen gegenüber in einem selbständigen Verbandsorganismus verkörperter Gemeinwille nicht vorhanden"[2]). Andererseits erscheinen die offenen Handelsgesellschafter nicht als bloss nebeneinander stehende unverbundene Individuen, zwischen denen nur die gemeinsame Beziehung zu dem gleichen Herrschaftsobjekt eine rechtliche Verknüpfung herstellt, sondern sie stehen in einem Verhältnis gegenseitiger Willensgebundenheit und sind nur als Träger der hieraus folgenden Willensgemeinschaft zur Herrschaft berufen. Daher ist das Prinzip der gesamten Hand allein geeignet, das Problem des rechtlichen Wesens der OHG befriedigend zu lösen. Das wird auch durch die Verweisung des § 105. Abs. 2 HGB auf das Bürgerliche Gesellschaftsrecht bestätigt. Es bestimmt § 718 BGB. dass die ein-

---

Zu S. 19 Anm. 3)
172; J. W. 01, 576[12]. — 08, 450; 10, 25. Nr. 42; 1916, 1409[2]; und 1917, 748[12]. — Gruchot. 39, 856; 50, 840. DJZ. 04, 817. — Bayer. OLG, Seuff. A. 56, 319. — Kammerger J. 23 A, 97, 24 A, 111; 27 A, 277; 28 A, 252; 33 A, 189; 36 A, 205. OLG Posen. OLGRJ. 193. — OLG Köln, Rhein. A. 95, 228. — OLG Karlsruhe bei Bauer 11, 213. — LG. Strassburg bei Bauer, 9, 36. — OLG Dresden, in OLGR. 9, 255 u. in Sächs. Arch. 3, 509; OLG Hamburg, in KGJ. 22 D. 24. Ähnlich Unger. Jahrbuch f. D. 25, 251 ff und Jherings Jahrb. Bd. 25. S. 239 ff. — v. Hahn, Kommentar 1, 374 ff.; Goldschmidt, System § 42, S. 133; vgl. D. 80, vgl. auch über die Rechtsnatur des „Vermögens zur gesamten Hand": Deitigsmann, Eigentumsübergang von Gesamthandsgrundstücken ohne Auflassung, Karlsruhe 1910.

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 660.

[2]) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 343.

gebrachten Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschaf*ter*, nicht der Gesellschaft werden, eine Bestimmung, die durch § 124 HGB für die Handelsgesellschaft keineswegs berührt wird. Hier ist nur gesagt, dass die OHG im Handelsverkehr unter einer Firma auftreten kann, dass nicht immer die bürgerlichen Namen der Gesellschafter genannt zu werden brauchen, ebenso wie der Einzelkaufmann unter seiner Firma Rechtsgeschäfte eingehen, klagen und verklagt werden kann. Dies ist eine Besonderheit des Handelsrechts von formaler Bedeutung, die die materiell-rechtliche Regelung der rechtlichen Zuständigkeit der Gesellschaftsrechte unberührt lässt. Wichtig ist ferner die Ausdrucksweise des Gesetzes, welches in § 124 HGB sagt: „Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben . . .“ während es in § 210 HGB bei der Aktiengesellschaft formuliert: „Die Aktiengesellschaft *als solche* hat selbständig ihre Rechte und Pflichten. Endlich spricht auch § 209 der Konkursordnung für unsere Auffassung. Dort ist bestimmt, dass über das Gesellschaftsvermögen der OHG ein selbständiges Konkursverfahren stattfindet. Die Bestimmung wäre überflüssig, wenn das Gesetz die OHG als juristische Person ansähe, denn dann fände über ihr Vermögen selbstverständlich ein besonderer Konkurs statt. Für die Aktiengesellschaft ist denn auch nicht besonders gesagt, dass über ihr Vermögen ein selbständiger Konkurs stattfindet. (§ 207 K. O.) Dass die Firma nur eine Gesamtbezeichnung der Gesellschafter bedeutet, und wie eng sie mit diesen verbunden ist, zeigt sich z. B. darin, dass die Gesellschaft, wenn auch nur ein einziger Gesellschafter Ausländer ist, gegebenenfalls nicht berechtigt sein würde, für ihre Schiffe die deutsche Flagge zu führen. Das folgt aus § 2 des Flaggengesetzes. Dort heisst es: „Zur Führung der Reichsflagge sind die Kauffahrteischiffe nur dann berechtigt, wenn sie im ausschliesslichen Eigentume von Reichsangehörigen sind. Den Reichsangehörigen werden gleichgestellt offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, wenn die persönlich haftenden Gesellschafter sämtlich Reichsangehörige sind, andere Handelsgesellschaften, eingetragene Genossenschaften und juristische Personen, wenn sie im Inland ihren Sitz haben.“ Dahingegen würde eine Aktiengesellschaft, deren sämtliche Aktionäre Ausländer sind, berechtigt sein, für ihre Schiffe die deutsche Flagge zu führen, wenn sie nur im Inlande ihren Sitz hat. Auch aus diesem Gegensatz folgt, dass die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist. Unsere Auffassung, die von dem starken Hervortreten des personenrechtlichen Momentes ausgeht, wird auch durch GVG § 113 bestätigt: „Zum Handelsrichter kann jeder Deutsche ernannt werden, welcher das dreissigste Lebensjahr vollendet hat, und als Kaufmann, als Vorstand einer Aktiengesellschaft, als Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder als Vorstand einer sonstigen juristischen Person in das Handelsregister eingetragen ist, oder eingetragen war.“ Der Wortlaut dieser Bestimmung ergibt, dass das Mitglied einer OHG als Kaufmann angesehen wird, was bei Annahme einer juristischen Persönlichkeit nicht der Fall sein könnte.

Nach diesen Ausführungen kommen wir zu dem Ergebnis, dass nur die Theorie dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft gerecht wird, nach der die OHG zwar „keine juristische Person, nicht eine von den Gliedpersonen ver-

schiedene und ihnen gegenüber verselbständigte Verbandsperson, sondern nur die kollektive Einheit der verbundenen Personen ist, als der Ausdruck dafür, dass die verbundenen Personen fähig sind, als Geamtheit Rechte und Pflichten zu haben, die sich von den ihnen als Einzelnen zukommenden Rechten und Pflichten unterscheiden“[1]) [2]).

3. In einem Exkurs soll kurz auf die Rechtsauffassung einiger wichtiger ausländischer Rechte hingewiesen werden. Die romanischen Länder sagen meist ausdrücklich, dass die Handelsgesellschaft eine besondere juristische Person sei.

So Belgien Gesetz v. 18. 5. 1873 (1886) a. 2: Chacune (des sociètés commerciales) constitue une individualité juridique distincte de celle des associés.

So Italien Cod. di comm. a. 77: La società in nome collettivo, la società in accommandita semplice e la società in accommandita per azioni . . . . . le società anonima . . . Le società anzidette constituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei socii. Vgl. auch a. 8: Sono commercianti . . . le società commerciali[3]). So Spanien Cod. Comm. a. 116. Una vez consituída la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos. Und ebenso verschiedene spanische Tochterrechte.

So Peru a. 124, Venezuela a. 204: personas jurídicas distintas de las de los socios, Ecuador a. 262, Mexiko a. 90: personalidad juridica distinta de la de los asociados. So auch Portugal Cod. comm. 1888 a. 108: As sociedades commerciaes representam para com terceiros uma individualidade juridica differente da dos asociados.

Das japanische Gesetzbuch von 1911[4]) sagt in § 44: Handelsgesellschaften sind juristische Personen; und in § 54: auf die inneren Verhältnisse der Gesellschaft finden, soweit nicht in der Satzung oder in diesem Gesetze besondere Bestimmungen enthalten sind, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft (Kumiai) entsprechende Anwendung.

Wie vielgestaltig das Recht der OHG in den einzelnen Gesetzgebungen ausgeprägt ist, zeigt sich in der Gesetzgebung Englands-Irlands einerseits,

---

[1]) Gierke, Arch. f. Bürg. Recht Bd. 19, S. 118. Vgl. auch Deutsches Privatrecht S. 660.

[2]) Mit Recht weist Müller-Erzbach Deutsches H. R. S. 187 darauf hin, dass das Gesamthandsprinzip insofern, als die Gesellschafter nur „zur Gesamten Hand“ verfügen können, eine Bindung des Betriebskapitals herbeiführt, die der Erhaltung des Unternehmens dient. Vgl. auch Z. f. H. R. 61, 362 ff.

[3]) Die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaften *verteidigen namentlich*; Vivante, Trattato di diritto commerciale I ar. 289 f; 2. Aufl. (1903-1905) II. § 28; Vighi.; Ferrara, La personalita giuridica delle società di commercio riv. di ri. comm. (1910) S. 13 fg. 94 fg. Bonelli. Riv. di dir comm. (1903) S. 285; Faddae, Bensa, Übers. v. Winscheids Pandekten, Note zu I S. 775.

Entgegengesetzter Ansicht vor allem: U. Manara in d. Giurisprud. italiana 1898 IV p. 1. u. 1899 II p. 8. Vgl. darüber Rocco in Diritto commerciale XVII fasc. 6 (Sech. A. S. 12 fg) vgl. ferner U. Manara, Delle società e delle associazioni commerciali, trattato teorico-pratico, parte generale I (1902); II (1902-1905); Jndici 1906; ferner Navarrini, Riv. per le scienze giuridiche (1901) S. 397 fg.; Comment. al cod. di comm. II (1901) N. 77 fg; Egidi, Arch. giur. 1902 S. 16 fg. S. auch die Zusammenstellung bei Manara S. 462, Bem. 5.

[4]) Nach der Übersetzung von Karl Vogt.

Schottlands andererseits. Nach der Darstellung, die S. Goldschmidt in den Handelsgesetzen des Erdballs XI 1 S. 117 ff gibt, unterscheidet sich die rechtliche Konstruktion des Partnership-Verhältnisses zwischen England-Irland und Schottland grundlegend. In England-Irland ist das Partnership-Vermögen gemeinschaftliches Vermögen der sämtlichen Partner, in Schottland gehört es der Partnership-(Partnership Akt (1870) § 4). In England-Irland haften die Partner für die Verbindlichkeiten der Partnership principal als Gesamtschuldner, in Schottland nur als Bürgen subsidär. Darin zeigt sich, dass im englisch-irländischen Recht ebenfalls das Gesamthandsprinzip anerkannt ist[1]). Im baltischen Recht wird in der Praxis durchweg die Annahme juristischer Persönlichkeit für die Handelsgesellschaften mit Ausnahme der Aktiengesellschaften abgelehnt[2]), anders im russischen Recht für die russische OHG, die sogenannte volle Gesellschaft[3]). Auf dem deutschen Standpunkte steht ausser dem englischen Recht[4]) noch das holländische[5]). Übrigens macht sich in Frankreich in letzter Zeit unter dem Einflusse der deutschen Wissenschaft im Schrifttum, nicht in der Rechtsprechung eine Strömung geltend, welche dahin drängt, der OHG. sogen. societé en nom collectiv, die juristische Persönlichkeit abzusprechen[6]). Dieser Überblick zeigt, wie vielgestaltig das ausländische Recht unsere Frage behandelt. Die Mehrzahl der Rechte scheint freilich anzunehmen, dass der OHG Rechtspersönlichkeit zukommt. Daraus aber, wie Kohler es tut, den Schluss zu ziehen, dass auch der deutschen OHG Rechtspersönlichkeit im Interesse einer möglichst gleichen international-rechtliche Konflikte vermeidenden Regelung eignet, ist unrichtig; denn die Struktur der deutschen OHG muss sich nach deutschem Rechte bestimmen und das, was geboten erscheint, kann über die vorhandene Wirklichkeit nicht hinwegtäuschen.

4. Für die Beantwortung unseres Themas ergeben sich somit zwei wichtige Fragen. Die Frage nach der Deliktsfähigkeit der OHG lässt sich nicht nach den Grundsätzen der juristischen Person beantworten, da die OHG eine

---

[1]) Vgl. auch Heymann a. a. O. S. 413, 425 ff, 441; derselbe Engl. Privatrecht in Holtzendorffs Enzyklopädie S. 335.

[2]) Zwingmann, Entscheidungen der Rigaschen Stadtgerichte, Bd. I, S. 350-353; Bd. III, S. 326; Bd. V, S. 380 ff. Gegen die Konstruktion der baltischen Praxis Ylander, die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaft nach dem Handelsrecht der Ostseeprovinzen, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht, Jahrgang 1917, S. 216 ff.

[3]) Über die juristische Persönlichkeit der russischen OHG vgl. Klibanski, Handbuch des ges. russischen Zivilrechts, III, 275, Note 2; vgl. auch daselbst I, 299.

[4]) Vgl. Colfavru, Le droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre S. 83 und 84.

[5]) Vgl. Asser in Leske und Löwenfeld, die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehre. Bd. III, 1. Abteilung, S. 366.

[6]) Vgl. die „Pandectes francaises" Band Sociétés, S. 125 und 128 (1901) Manara, Nr. 339; de Vareilles-Sommières, les personnes morales (1902) siehe besonders Note 12, 57, 58; ebenso steht Saleilles, De la personnalité juridique (1910) auf dem Boden der Genossenschaftstheorie. Vgl. auch Jusserand, Livre du centenaire du code civil (1904) I S. 357. Thaller, Traité théorique et pratique de droit commercial N 280 f. Siehe auch Lacour, precis de droit comercial (1912) Nr. 223 ff.

Gesellschaft ist. Es folgt aber ferner, dass man von einer Deliktsfähigkeit der OHG als solcher überhaupt nicht sprechen darf, denn da mit dem Ausdruck offene Handelsgesellschaft immer die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit verstanden werden, und die Firma der OHG nur einen kurzen präganten Ausdruck für diese Rechtsbeziehungen abgibt, so können unerlaubte Handlungen nicht von der Gesellschaft als solcher begangen werden, sondern nur von den Gesellschaftern. Wenn wir trotzdem im folgenden von einer Deliktsfähigkeit der OHG sprechen werden, so ist der Sinn dieser Wendung dahin festzustellen, dass von einer Deliktsfähigkeit der OHG dann zu sprechen ist, wenn ein Gesellschafter eine unerlaubte Handlung begeht und die OHG für den entstandenen Schaden haftet. Deliktsfähigkeit bedeutet daher in diesem Sinne Deliktsverantwortungspflicht. Die folgenden Untersuchungen werden sich daher mit der Frage zu beschäftigen haben, ob und in welchem Rahmen die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit die unerlaubten Handlungen eines der Gesellschafter zu vertreten haben.

II. Teil.

Die vorhergehenden Ausführungen hatten das Ergebnis gezeitigt, dass man nicht von einer Deliktsfähigkeit in dem Sinne sprechen könne, dass die OHG selbst als solche unerlaubte Handlungen beginge, sondern dass der einzelne Gesellschafter die unerlaubte Handlung begeht und die Gesellschaft für den entstandenen Schaden haftet. Es leuchtet daher ohne weiteres ein, dass das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft überhaupt zu erörtern ist.

1. Vielfach hat man versucht, die Haftung der Gesellschaft für unerlaubte Handlungen eines Gesellschafters dadurch zu begründen, dass man den Gesellschaftern organschaftliche Stellung verlieh und damit die Anwendung des § 31 BGB, der die Haftung des Vereins für die unerlaubten Handlungen der Vereinsorgane betrifft, rechtfertigt. Sind aber die Mitglieder einer OHG Organe oder sind sie nur gesetzliche Vertreter der Gesellschaft?

a) Um diese Frage zu entscheiden, bedarf es der Klarstellung des Begriffs der Organschaft. Mit dem Worte Organ verbinden sich in der Literatur die verschiedenartigsten Vorstellungen. Unter zwei Gesichtspunkten könnte man seinen Inhalt fassen. Das Verhältnis des Organs zu einer Rechtsgemeinschaft kann in zweifacher Art geregelt sein. Entweder wird das Organ als Vertreter der Gemeinschaft behandelt. Dann ist es nicht die Gemeinschaft selbst, die als wollend oder handelnd betrachtet wird, sondern ein anderer für sie, nämlich der Vertreter. Und sie wird durch dessen Handlungen berechtigt und verpflichtet, wie jeder Private durch die Handlungen seines Vertreters. Rechtsgemeinschaft und Organ bilden zwei verschiedene Wesen: letzteres will und handelt; aber die Rechtswirkungen seiner Willensakte treten für die erstere ein. So die sogenannte Repräsentationstheorie. Oder es wird so angesehen, als wolle und handele die Gemeinschaft selbst durch Vermittlung ihrer Organe, z. B. der Verein durch Vermittlung seines Vorstandes. Hier haben wir es nicht mit zwei Subjekten zu tun, einem Vertreter und einem Vertretenen, sondern mit einem einzigen, nämlich mit der Rechtsgemeinschaft selbst. Sie ist es, die will und handelt. Das Organ ist lediglich das Mittel, dessen sie sich zum eigenen Handeln und Wollen bedient. Dieses verhält sich zu der Gemeinschaft nicht wie der Vertreter zu dem Vertretenen, sondern ähnlich, wie das Willens- und Handlungsorgan einer natürlichen Person zu dieser selbst. Bei der Vertretung gelten die Willensakte des Vertreters als seine eigenen und nur die Rechtswirkungen werden übertragen auf einen anderen, nämlich den Vertretenen. Bei der Organschaft dagegen werden nicht erst die Rechtswirkungen, sondern schon die Willensakte des Organes als solche der Gemeinschaft angesehen. Diese haften aus den Handlungen ihrer Organe wie die physische Person aus ihren eigenen Handlungen. So die Organ-Theorie (herrschend). Von Organen

zu sprechen, hat aber nur einen Sinn bei juristischen Personen, denn diese Person vermöchte sonst einen Willen nicht zu äussern, da sie einen Willen im natürlichen psychologischen Sinne nicht hat. Deshalb muss es für sie Organe, d. h. Menschen geben, deren Willensakte als solche der juristischen Person angesehen werden. Während bei dem Menschen die Willensbildung und ebenso das Handeln ein natürlicher Vorgang ist, ist der entsprechende Vorgang bei der juristischen Person ein rechtlicher. Während es bei der physischen Person keines besonderen Rechtssatzes darüber bedarf, dass die Rechtswirkungen ihrer Handlungen sie selbst treffen, muss es bei der juristischen Person besonders ausgesprochen werden, dass die Handlungen einer bestimmten physischen Person als Handlungen der juristischen gedacht werden und folgeweise Rechtswirkungen für diese hervorrufen. So kommen wir zu dem Ergebnis, dass es nur einen Sinn hat, von einem Organ im Rechtssinne zu sprechen, wenn es sich um die Willensbildung und das Handeln einer juristischen Person handelt. Wenn wir den Begriff der Organschaft in dem eben gekennzeichneten Sinne verwerten, so ist klar, dass die Gesellschafter nicht Organe der Gesellschaft sind, denn die OHG hat, wie eben dargetan, keine Rechtspersönlichkeit, kann also auch nicht durch Organe handeln. Sie könnten also höchstens Organe der Gesellschafter sein. Bei physischen Personen spricht aber niemand von Organschaft.

Kormann[1]) meint nun zwar, dass die OHG handlungsfähig sei und durch die Gesellschafter als ihre Organe handele. Er steht zwar nicht auf den Standpunkt, dass die OHG eine juristische Person sei, sein Fehler liegt darin, dass er dem Begriff des Organs einen unzulässig weiten Inhalt gibt, indem er schlechtweg Organschaft und gesetzliche Vertretung identifiziert. Dass es aber nur einen Sinn hat von Organen im Rechtssinne zu sprechen, wenn man diesen Begriff nicht verwässern will, haben wir oben dargetan. Der innerste psychologische Grund für die Lehre Kormanns liegt darin, dass seine Auffassung von der Struktur der OHG mit der Lehre von der relativen juristischen Person übereinstimmt, wenn er diesen Ausdruck aus taktischen Gründen auch nicht verwendet. Diese seine Voraussetzung haben wir oben bereits widerlegt. Was er sonst noch an Gründen für seine Organlehre anführt, greift nicht durch. Daraus, dass § 125 HGB formuliert: die Gesellschafter sind zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt, während § 714 BGB bei der Gesellschaft sagt: die Gesellschafter seien zur Vertretung der anderen Gesellschafter ermächtigt, kann für sich nicht durchschlagen. Man kann das Wort so hoch unmöglich schätzen, wenn nicht innere Gründe den Sinn der gewählten Formulierung ergeben. Wenn er ferner für die Annahme einer Organstellung der Gesellschafter auf den ihm ausschlaggebenden Umstand verweist, dass nur aus ihr die allgemein anerkannte Anwendbarkeit des § 31 BGB auf unerlaubte Handlungen der Gesellschafter zu erklären sei, so können wir für unsere Untersuchung diesen Gesichtspunkt jedenfalls nicht verwenden; denn er ist für uns thema probandum. Besonders kennzeichnend für die Kormannsche Einstellung ist es,

[1]) Kormann, Gegensätzliches Handeln von Personen mit gleicher Handlungsmacht, insbes. der Gesellschafter einer OHG. Gruchots Beiträge 75. Jahrgang (1913), S. 497 ff.

wenn er S. 506 ausführt: „Die organschaftliche Stellung der Gesellschafter sei ein Ausfluss der Personenähnlichkeit der OHG. Letzten Endes bestimmt also Kormann die Annahme juristischer Persönlichkeit der OHG für seine Organlehre. Er erkennt damit nur die Richtigkeit unseres Ausgangspunktes an, dass der Organbegriff auf juristische Personen zu beschränken sei. Relative juristische Bastarde anzuerkennen, lehnen wir freilich ab.

Uebrigens glaubt Kormann die Schriftsteller, die dem Gesellschafter die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zuweisen[1]), sowie diejenigen die sich der Terminologie geborene Vertreter bedienen[2]), als verkappte Anhänger seiner Organtheorie auffassen zu dürfen. Hierbei übersieht er aber, dass Organschaft die Vorstellung des eigenen Handelns der Rechtsgemeinschaft voraussetzt, während bei gesetzlicher und ebenso rechtsgeschäftlicher Vertretung eine andere Person handelt als die, bei der die Rechtswirkungen eintreten. Uebrigens sagt § 26 BGB: der Vorstand eines Vereins *habe* die *Stellung* eines gesetzlichen Vertreters, nicht er *sei* gesetzlicher Vertreter. Das Gesetz selbst scheidet also sorgfältig zwischen Organschaft und gesetzlicher Vertretung und es ist unzulässig, wenn Kormann alles in einen Topf wirft. Mögen auch aus den verschiedenen begrifflichen Grundlagen praktisch gleiche Resultate folgen, so muss im Interesse einer begrifflichen Klärung an der Verschiedenheit der Grundlagen trotz Gleichheit der Rechtswirkungen festgehalten werden.

Müller-Erzbach[3]) will in Erweiterung des Organbegriffes, Gesamthandsvertreter, hier die firmierenden Gesellschafter, als Organe bezeichnen. Wenn auch an sich einer solchen Erweiterung der Terminologie nichts im Wege steht, so möchten wir doch lieber den Begriff des Organs auf juristische Personen beschränken, um die Unterschiede zwischen juristischer Person und Gesamthandsverband nicht zu verwischen.

b) Die Frage, ob nun die Handelsgesellschafter als gesetzliche Vertreter aufzufassen sind, möchten wir bejahen. Dernburg[4]) will diesen Begriff zwar auf die Vertreter beschränken, denen eine vormundschaftliche Stellung zukommt[5]). Wir vermögen aber nicht einzusehen, warum nicht in allen Fällen, in denen eine Vertretungsmacht auf Gesetz beruht, von gesetzlicher Vertretung gesprochen werden soll. Wenn angeführt wird, dass sonst das Bürgerliche Gesetzbuch dem Vorstande einer juristischen Person die Stellung eines gesetzlichen Vertreters nicht hätte einräumen brauchen, vermögen wir als Gegengrund nicht zu verstehen. Dass § 278 BGB. soweit er von der Haftung für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters handelt, auf den offenen Handelsgesellschafter keine

---

[1]) Makower, Bem. zu § 125, 1 c, S. 232. Brand, Bem. zu § 125, 1 d, S. 361. — Seuffert, §§ 51/52. 4; — Ritter, Bem. zu § 125, 2. S. 170. — Staub, Bem. zu § 124, Anm. 3 c *γ*. — Ferner Struckmann-Koch, § 62, 2. — Wieland in Bindings System. Hdb. III 3, I § 49, S. 583/84. Vgl. auch RG 5, 70; b. Gruch. 48, 102, RG 15, 131.

[2]) Gareis 164, Lehmann-Ring, Bem. zu § 125, 1, S. 263/64. Vgl. ROHG Bd. 15, S. 7.

[3]) Müller-Erzbach, Deutsch H. R. K. II, S. 206/207.

[4]) Dernburg, Bd. II, S. 472 ff.

[5]) u. A. Feder, S. 25, Makower, S. 234; Kaestner S. 29.

Anwendung finden soll, ist nicht einzusehen. Für das Verschulden eines vertretungsberechtigten Gesellschafters haftet die OHG wie für eigenes Verschulden[1]). Selbstverständlich gilt das nur insoweit, als ein Verschulden bei der Erfüllung vertraglich übernommener Verbindlichkeiten in Frage kommt.

Wir sehen somit in der gesellschaftlichen Vertretung der Gesellschafter zwar keine Organschaft, auch keine auf Vollmacht beruhende Stellvertretung, bei der ein Gesellschafter für die anderen und somit zugleich im eigenen und im fremden Namen handelte, sondern eine „in der personenrechtlichen Verbundenheit wurzelnde Darstellung der Personeneinheit durch einen ihrer Mitträger“[2]). Der vertretende Gesellschafter handelt als Gesellschafter im Namen der von ihm mitgebildeten Gesellschaft.

2. Nach Klärung dieser Vorfrage soll nun die Begründung der Haftung der OHG für unerlaubte Handlungen, sei es aller, sei es einzelner Gesellschafter, erörtert werden. Hierüber bestimmt das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 in den §§ 125, Abs. 1, 126 folgendes:

§ 125 HGB „Zur Vertretung der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist.“ . . . § 126 HGB „Die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt sich auf alle gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschliesslich der Veräusserung und Belastung von Grundstücken, sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura. Eine Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam.“ . . .

Danach bezieht sich die Vertretungsmacht der Gesellschafter nur auf „Geschäfte und Rechtshandlungen“. Es ist klar, dass darunter nicht auch die Ermächtigung zu unerlaubten Handlungen enthalten sein kann, weil kein Gesetz eine Ermächtigung zu verbotenen Handlungen geben wird.

a) Auch das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch enthielt eine besondere Vorschrift über die Deliktshaftung nicht. In Art. 114 wurde bestimmt: „Jeder zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter ist ermächtigt, alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vorzunehmen, insbesondere auch die der Gesellschaft gehörenden Grundstücke zu veräussern und zu belasten.

Die Gesellschaft wird durch die Rechtsgeschäfte, welche ein zur Vertretung der Gesellschaft befugter Gesellschafter in ihrem Namen schliesst, berechtigt und verpflichtet.“

Der Absatz 2 dieser Bestimmung ist in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen und allgemein gefasst worden (§ 164 BGB). Sie brauchte daher im neuen Handelsgesetzbuche nicht wiederholt zu werden, da das Bürgerliche Gesetzbuch nach Art. 2 Einführungsgesetz zum HGB Anwendung findet. Abs. 1 des Artikels 114 stimmt mit § 125 Abs. 1 HGB inhaltlich überein[3]).

---

[1]) Bolze, 1. Nr. 960. — JW. 99, 305[14]. Brand, Bem. zu § 125, 1e, S. 361. Ritter, Bem. zu § 126, 5, S. 173.

[2]) Gierke in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie S. 44, § 37, I, a.

[3]) Denkschrift zum HGB, S. 91; Hahn, Materialien, Bd. 6, S. 264 ff.

Im preussischen Entwurfe zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche fand sich im Art. 115 folgende Begriffsbestimmung: „Die Gesellschaft haftet für den Schaden, welchen ein Gesellschafter in Ausführung der Geschäfte der Gesellschaft einem Dritten zufügt“[1]). Dieser Artikel wurde jedoch nicht in das HGB aufgenommen, da keines der in Deutschland geltenden Rechte mit Ausnahme des code civile (Artikel 1384) eine ähnliche Bestimmung enthielt und man daher Unzuträglichkeiten fürchtete. Die Entwicklung im einzelnen war folgende. Nach Art. 42 des Entwurfs sollte der Prinzipal für den Schaden haften, den ein Faktor in Ausführung eines aufgetragenen Geschäftes begeht. Nach Art. 57 des Entwurfs ferner traf den Prinzipal eine Haftung für den Schaden, den ein Handlungsgehilfe in Ausführung der ihm obliegenden Verpflichtungen einem Dritten durch unerlaubte Handlung zufügt. Dieser Artikel wurde aber bereits in der ersten Lesung gestrichen (Protokolle S. 100) mit der Begründung, er gehe zu weit, denn er verlange vom Prinzipal eine grössere Sorgfalt in der Auswahl eines Lehrlings als in der eines Prokuristen. Artikel 42 jedoch blieb vorläufig ebenso wie Art. 115 bestehen, obwohl gegen Art. 42 in zweiter Lesung auch schon Angriffe gerichtet wurden (Protokolle S. 85). In der dritten Lesung endlich wurde gegen Artikel 42 geltend gemacht (dritte Lesung S. 53), er durchbreche das deutsche Zivilrecht mit Ausnahme des französischen Rechtes und Zweckmässigkeitsgründe bestünden hierfür nicht; die Haftung für Verschulden von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten aufrecht zu erhalten, sei weniger erheblich, als die von Handlungsgehilfen; denn für Verschulden bei Vertragsschlüssen hafte der Prinzipal bereits aus anderen Rechtsgründen, nicht dagegen für praktische Verrichtungen, die bei Handlungsgehilfen besonders in Betracht kämen, abgesehen davon, dass die Abgrenzung des Verschuldens „in Ausführung der Geschäfte“ von dem Verschulden „bei Gelegenheit der Ausführung“ praktisch sehr schwierig sei. Der Artikel 42 (53) wurde ebenfalls gestrichen und folgeweise auch Art. 115, ohne dass es bei dieser Streichung zu einer besonderen Diskussion gekommen wäre.

Demgemäss wurde nun vom Reichsoberhandelsgericht angenommen, dass die vorliegende Frage nicht im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, sondern in den Landesrechten entschieden sei. Es verneint die Haftbarkeit der Gesellschaft für Delikte des Gesellschafters[2]).

---

[1]) Vgl. die Protokolle der Kommission eines Allg. Deutschen HGB Beilagenband unter III: „Entwurf eines HGB für die preussischen Staaten (Art. 115); unter IV, Entwurf eines Allg. Deutschen HGB nach den Beschlüssen der zweiten Lesung (Artikel 117.)

[2]) Vgl. Entscheidung ROHG Bd. 19, S. 202 ff. und insbes. das Erkenntnis des ROHG vom 15. September 1879 Bd. 25, S. 347 ff., wo ausgesprochen wird, dass durch ausserkontraktlichen Dolus (z. B. arglistige Empfehlung) eines Gesellschafters, falls nicht das Landesrecht etwas anderes bestimme, die Gesellschaft selbst dann nicht zum Schadenersatz verpflichtet werde, wenn auch die dolose Handlung im Interesse der Gesellschaft vorgenommen gewesen sei. Vgl. ferner Puchelt, Art. 114, Anm. 6, Abs. 2 und Art. 58 Anm. 3; v. Völderndorff in Buschs Archiv Bd. 37 S. 121. Thöl, Handelsrecht, 5. Aufl. Bd. I, S. 293. Behrend, a. a. O. S. 344, 345, 519, 520.

Die neuere Doktrin und insbesondere die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat diese Rechtsauffassung nicht gebilligt. Das Reichsgericht nahm an, dass aus der Tatsache, dass die Entscheidung unserer Frage bei der Abfassung des Handelsgesetzbuches unberührt gelassen sei, nicht folge, dass die Haftpflicht einer OHG für rechtswidrige Handlungen, welche ein Gesellschafter bei seiner Geschäftsführung auch ohne Mitwissen der übrigen Gesellschafter zum Nachteile Dritter vornimmt, nun auf alle Fälle zu verneinen sei. Freilich hat es nicht das Bedenken übersehen, ob, wenn bei dem Geschäftsbetriebe ein Vertreter unbefugt einen Eingriff in das Eigentum oder ein anderes absolutes oder Individualrecht eines Dritten wie z. B. Autor- und Erfinderrecht, Marken- oder Firmenrecht vollzieht, den Geschäftsherrn dem Dritten gegenüber die Schadensersatzpflicht trifft, sofern das Gesetz dieselbe an die Voraussetzung eines Verschuldens knüpft, mag auch in der Person des Vertreters diese Verschuldung vorhanden sein. Das Reichsgericht hat diese Bedenken zwar nicht zur Entscheidung gebracht, wohl aber hat es auf Grund des Artikels 1384 code civile die Entschädigungsforderung gegen eine OHG wegen einer von einem ihrer vertretungsberechtigten Gesellschafter verübten Verletzung eines Markenrechtes für begründet erklärt[1]). In dem Urteil des Reichsgerichts erster Zivilsenat vom 5. Februar 1886[2]) sind dann die Bedenken, welche dazu führen sollen, die Gesellschaft für den widerrechtlichen Eingriff des Gesellschafters nicht haften zu lassen, für nicht begründet erachtet. Das Reichsgericht geht von folgender Erwägung aus: „Es sei nicht folgerichtig, dass, wenn infolge der Anordnung des Vertreters der Gewerbebetrieb derartig eingerichtet werde, dass er Rechte Dritter verletze, der Geschäftsherr die Verantwortung für den Schadensersatz, weil er eine Verschuldung bei dem Eingriffe voraussetze, mit der Begründung solle ablehnen können, dass er den Vertreter zu einer schuldhaften Ausübung des Gewerbebetriebes nicht beauftragt habe. Gerade darin, dass der Begriff von „Handlungen in Ausführung des Geschäftes“ ein vager, bei der Anwendung zu erheblichen Kontroversen Anlass gebender und nicht einmal die bloss bei Gelegenheit solcher Ausführung vorkommenden klarausschliessender sei, dürfe man einen entscheidenden Grund für die schliessliche Ablehnung der Vorschläge des preussischen Entwurfes finden. Von einem Gesetze könne man, soweit dasselbe sich eben nicht einfach auf den Boden des code civile stellen wolle, die Aufstellung eines die angemessene Grenze präzis ziehenden Satzes nicht erwarten. Vielmehr dürfe das Gesetz von der Rechtsprechung erwarten, dass diese in Würdigung der Verkehrsbedürfnisse und in richtiger Zumessung der Pflichten gegenüber dem Verkehre entsprechend den Ansprüchen, welche gegenüber demselben durch eine Herrschaftsbestätigung erhoben und durch das Recht geschützt würden, die richtige Grenze herauszubilden vermöge.

Betrachte man die OHG, so folge daraus, dass in Art. 14 ff. nur von rechtsgeschäftlichen Handlungen die Rede sei, nicht, dass die Gesellschaft nur durch solche, und nur gegen diejenigen, denen gegenüber sie vorgenommen

[1]) RGE, Bd. 10, S. 301.
[2]) RGE, Bd. 15, Nr. 26. S. 121 ff.

würden, verpflichtet werden könnte. Das Gesetz verleihe der in der OHG betätigten Personenverbindung Geltung dieses Rechtsverhältnisses nach aussen. Die Fähigkeit, im Verkehre durch Ausübung einer Willensmacht Rechtsgüter zu erwerben, berge zugleich die Möglichkeit, durch diese Machtbetätigung fremde Herrschaftskreise zu verletzen, in sich. Dem Rechte der Betätigung entspreche daher die Pflicht, sich der Verletzung zu enthalten. Mit der Steigerung der Machtmittel erhöhe sich die Betätigungsfähigkeit im Verkehre — und gerade auf dieser Erkenntnis beruhe die gesetzgeberische Begünstigung der Gesellschaft,— damit aber zugleich auch die Möglichkeit solcher Kollisionen mit den Rechten Dritter. Es wäre daher durchaus irrationell, wenn mit den Machtmitteln und Gütern, vermöge deren die Gesellschafter solche Verletzungen im Interesse der Gesellschaft bewirkten, nicht für dieselben eingestanden werden sollte. Dieser Rechtsgedanke sei in dem Satze des Artikels 111, dass die Gesellschaft unter ihrer Firma Verbindlichkeiten eingehen könne, genügend zum Ausdruck gebracht. Die Artikel 114 ff. hätten es nur mit dem Umfang der Vertretungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters zu tun. Wenn auch bei Handlungen, die nicht rechtsgeschäftlicher Natur seien, der blosse Wille selbst aller Gesellschafter, dieselben im Interesse und zum Vorteile der Gesellschafter vorzunehmen, allein noch nicht zu bewirken vermöge, dass sie dieselben als Gesellschafter vornähmen, so werde dies doch anzunehmen sein, sofern die Handlung nach dem dem gesellschaftlichen Gewerbebetriebe gesetzten Zwecke und nach den für seine Erreichung betätigten Mitteln diesem Gewerbebetriebe angehöre. . . . . Es lasse sich nicht bezweifeln, dass, wenn man zunächst bloss die Wirkungen des durch den Eingriff in fremde Rechte begangenen objektiven Unrechts, die Verpflichtungen auf Unterlassung der Fortsetzung der Störung und auf Beseitigung des eine solche Störung enthaltenden faktischen Zustandes betrachte, Ansprüche auf Unterlassung der unbefugten Führung einer Firma, sowie Löschung derselben (Art. 27 HGB), auf Unterlassung weiterer Herstellung eines Nachdruckes oder einer Nachbildung wie der unbefugten Veranstaltung einer Aufführung sowie auf Einziehung der vorrätigen Nachdrucks- oder Nachbildungsexemplare (§§ 1, 50, 21, Abs. 1, 25, Abs. 2 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht vom 11. Juni 1870; §§ 1, 14 des Gesetzes betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11. Januar 1876), auf Löschung eines unbefugt geführten Warenzeichens, wie Unterlassung seiner ferneren Führung und des Inverkehrbringens so bezeichneter Waren (§§ 11, 13 des Gesetzes über den Markenschutz vom 30. November 1874), endlich auf Unterlassung gewerbsmässiger Herstellung oder des Inverkehrbringens des Gegenstandes einer patentierten Erfindung (§ 4 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877, jetzt vom 7. April 1891) gegen die OHG zu richten seien, wenn in deren Betrieb für dieselbe mit Willen der Gesellschafter unbefugt die Firma geführt, das fremde Geisteserzeugnis hergestellt oder vertrieben, die Aufführung veranstaltet, das Warenzeichen geführt werde (vgl. auch Entsch. d. RG in Zivilsachen Bd. 12, S. 105 ff).

Die Veranstalterin des Eingriffs sei eben in solchem Falle die Gesellschaft, d. h. die Gesellschafter inbezug auf das Gesellschaftsverhältnis.

Was aber die auf subjektivem Unrecht beruhende Ersatzverbindlichkeit in solchen Fällen anlange, so sei nicht abzusehen, warum, wenn man zunächst den Fall setze, dass jeder der Gesellschafter sich in der für die Ersatzpflicht vorausgesetzten Verschuldung befinde, nicht die Gesellschaft der Träger dieser Verbindlichkeit sein könne. . . . Es könne zwar eine OHG wegen begangener Unterschlagung nicht strafrechtlich verfolgt werden, dagegen sei nicht einzusehen, warum sie nicht, wenn die Gesellschafter ein der Gesellschaft vom Nichteigentümer im eigenen Namen anvertrautes Depot im gesellschaftlichen Geschäftsbetriebe angegriffen und verwendet hätten, vom Eigentümer, der danach, weil auch nicht die Rückgabe an ihn bedungen, nicht die Kontraktsklage hätte, im Geltungsgebiete des gemeinen Rechtes mit der condictio furtiva, in anderen Gebieten auf Schadenersatz in Anlehnung an die Grundgedanken dieser condictio sollte belangt werden können. . . . . Es sei unzutreffend, daraus, dass die Handlung in widerrechtlicher Absicht unternommen, zu folgern, dass sie deshalb nicht dem Geschäftskreise der Gesellschaft angehören könne. Wenn die Gesellschafter für den gesellschaftlichen Zweck eine Firma oder ein Warenzeichen annähmen, oder in dem gesellschaftlichen Verlagsgeschäfte ein Schriftwerk oder in der gesellschaftlichen Fabrik den Gegenstand einer Erfindung herstellten und namens der Gesellschaft vertrieben, so lägen Handlungen des Prinzipals vor, die mit den gewerblichen Veranstaltungen der Gesellschaft und ihren Zwecken in unmittelbarer Verbindung stünden und ohne weiteres mit ihren Ergebnissen in das Bereich der gesellschaftlichen gewerblichen Herrschaft fielen. Darauf allein aber komme es an.

Was aber von dem Falle gelte, dass sämtliche Gesellschafter sich im Zustande der Verschuldung befänden, müsse aber auch gelten, wenn die Verschuldung nur auf Seiten desjenigen in der Vertretung der Gesellschaft nicht beschränkten Gesellschafters vorhanden sei, der die Handlung angeordnet oder vorgenommen habe. . . . . Die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters beruhe nicht auf der Uebertragung einer Stellvertretung, sondern auf der nach dem Gesetze, entsprechend der natürlichen Bedeutung der gesellschaftlichen Verbindung geltenden Prinzipalschaft jedes der Gesellschafter, sofern nicht diese natürliche Stellung durch Vereinbarung eine besondere Beschränkung erfahren habe (vgl. Artikel 86 Abs. 2 Ziffer 4 HGB). Sei dies nicht der Fall, so mache er die Gesellschaft verbindlich, sowohl, wenn er für dieselbe Rechtsgeschäfte schliesse (Art. 114 ff.) wie wenn sein Geschäftsbetrieb Dritte verletze. Sei er von der Befugnis, als Geschäftsherr nach aussen aufzutreten, ausgeschlossen, so vermöge allerdings die ihm nur für das innere Verhältnis der Gesellschafter zueinander zustehende Befugnis zur Geschäftsführung nicht, die Gesellschaft für seine Geschäftsführung verantwortlich zu machen. Sei aber beim Handeln eines zur Vertretung befugten Gesellschafters die Gesellschaft die Veranstalterin des Eingriffs, so gebe es bezüglich der Frage des Verschuldens nur die Alternative, ob die Gesellschaft verschuldet oder unverschuldet, wissentlich oder unwissentlich handele. Hier vermöge das Nichtwissen einzelner Gesellschafter die Bedeutung des positiven Momentes des Wissens seitens des handelnden Gesellschafters nicht auszulöschen.

Es hat demgemäss das Reichsgericht in dem gedachten Urteil ausgesprochen, dass die OHG die Entschädigungsverpflichtung des § 4 des Patentgesetzes treffe, wenn die Patentverletzung von einem zu ihrer Vertretung befugten Gesellschafter in der Geschäftsführung wissentlich begangen sei.

Diese Rechtsauffassung hat das RG in mehreren Entscheidungen beibehalten[1]). Von zahlreichen Seiten hat sie Billigung, von einigen auch Ablehnung gefunden[2]). Die Denkschrift zum HGB vom 10. Mai 1897 bemerkt S. 93[3]): „Die Frage, wie weit die Gesellschaft für den Schaden verantwortlich ist, den ein vertretungsberechtigter Gesellschafter bei seinen Verrichtungen einem Dritten zufügt, hat durch die Rechtssprechung des Reichsgerichts eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Lösung gefunden."

b) Im folgenden soll nun die Haftung für unerlaubte Handlungen der Gesellschafter nach dem neuen Handelsgesetzbuch geprüft werden. Dabei werden wir folgende drei Fälle nacheinander untersuchen.

1. Die unerlaubte Handlung wird von einem zur Vertretung berechtigten Gesellschafter,

2. von einem zwar nicht vertretungsberechtigten, aber geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter und

3. von einem solchen Gesellschafter begangen, der weder zur Geschäftsführung noch zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist.

α) Zuvor soll jedoch die Frage erörtert werden, wie sich nach neuem Recht die Haftung gestaltet, wenn alle Gesellschafter gemeinschaftlich die unerlaubte Handlung begehen.

Wenn alle Gesellschafter vereint eine unerlaubte Handlung begehen, so ist es selbstverständlich, dass sie alle, sei es als Mittäter, sei es unter dem Gesichtspunkte der Anstiftung oder der Beihilfe für den entstandenen Schaden gesamtschuldnerisch haften. (§§ 830, 840 BGB). Die hier zu beantwortende Frage ist die, ob auch die von den Tätern gebildete OHG für den dem Dritten zugefügten Schaden einzustehen hat. Man könnte meinen, dass die persönliche Haftung der sämtlichen Gesellschafter die Haftung des Gesellschaftsvermögens

[1]) Vgl. R. G. E. Bd. 17, S. 93 ff.: Bd. 20, S. 190 ff.; Bd. 32, S. 32 und 35; Bd. 43, S. 105; Bd. 46, S. 18; — Bolze, Praxis, Bd. 4, Nr. 799; Bd. 5, Nr. 741; Bd. 7, Nr. 631; Bd. 13, Nr. 495; Bd. 17, Nr. 523; Bd. 21, Nr. 553. — JW. 1900, S. 349, Nr. 24. — JW. 1891, S. 512, Nr. 14. — Seuff, A., Bd; 43, Nr. 45, Bd. 56, Nr. 54.

[2]) Die Ansicht des Reichsgerichts billigen: Staub, 3/4. Aufl. § 5 zu Art. 14, 6/7. Aufl., Anm. 1 und 2 zu § 125, 10. Aufl. Bd. 1, Anm. 4 zu § 126, Makower 12 Aufl. Anm. 1d zu § 125, 10. Aufl. Anm. 46b zu Art. 114. Goldmann Ziffer 4 zu § 124; Lehmann Nr. 3 zu § 124; Cosack, Lehrbuch 1898, S. 541, 10/11 Aufl. § 213, I, 2a, S. 470 ff.; Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd. II, 2, S. 560, Anm. 9, Preuss. Priv. Recht, Bd, II, § 221, Anm. 4, S. 641; Gareis, Lehrbuch, S. 117, — Rudorff, Abs. 1 zu § 124; Litthauer, Anm. 4 zu § 126; Könige Anm. 55 bei § 124; Becker, Heidelberger Diss. S. 43. — — Anderer Ansicht sind: Renaud, S, 366; Behrend, S. 345; Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 580; Anm. 2, 560, Anm. 1, 584; — Kohler, Markenschutz, S. 366. Keyssner, Anm. 9 zu Art, 114, Anm. 6 zu Art. 52; Römer, S. 55; Gorski, S, 139: Gareis-Fuchsberger, Kommentar S. 243, Nr, 119. Schulz S. 50.

[3]) Siehe Hahn, Materialien Bd. 6, S. 266.

einschliessen müsse. Dieses ist jedoch nicht der Fall. Nach § 124 Abs. 2 HGB ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich. Mit gutem Grunde reichen die einzelnen gegen die sämtlichen Gesellschafter gerichteten Schuldtitel nicht hin, um die Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zu ermöglichen. Man könnte an die Möglichkeit denken, mit dem persönlichen Schuldtitel den Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen zu pfänden und da man Titel gegen sämtliche Gesellschafter hat, so sämtliche Anteile der Gesellschafter zu erfassen d. h. in das Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken. Eine Pfändung des Gesellschaftsanteils ist jedoch aus dem Grunde nicht zulässig, weil nach § 719 Abs. 1 BGB der einzelne Gesellschafter über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht verfügen kann. (§ 859 ZPO). Aus diesen Gründen ist die Frage nicht gleichgültig, ob, wenn sämtliche Gesellschafter eine unerlaubte Handlung begehen, die OHG auch als solche haftet. Im bejahenden Falle würde auch das Gesellschaftsvermögen haften, sonst nicht.

Da das Gesetz selbst keine unmittelbare Regelung der Frage gibt, muss man von dem Begriff der OHG selbst ausgehen. Wie wir in dem ersten Teile der Arbeit ausgeführt haben, stellt die OHG die Verbundenheit der einzelnen Gesellschafter zum gemeinsamen Handelsbetrieb dar. Daraus folgt: wenn die Gesellschafter die unerlaubte Handlung in dieser ihrer Verbundenheit begangen haben, muss die OHG haften[1]). Die schwierige Frage ist nunmehr die, wann begehen die Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit eine unerlaubte Handlung. Die Verbundenheit wird hergestellt durch den gemeinsamen Handelsbetrieb. Es genügt daher der Wille sämtlicher Gesellschafter eine Handlung im Interesse und für Rechnung der von ihnen gebildeten OHG vorzunehmen, allein nicht, um die unerlaubte Handlung als Gesellschaftshandlung erscheinen zu lassen. Vielmehr wird dies nur dann anzunehmen sein[2]), sofern die Handlung nach dem dem gesellschaftlichen Gewerbebetriebe gesetzten Zwecke und nach den für seine Erreichung betätigten Mitteln diesem Gewerbebetriebe angehört, namentlich, wenn noch dazu ihre Ergebnisse ohne weiteres in den Bereich der gewerblichen Herrschaft, wie solche vermöge der gewerblichen Betriebsveranstaltungen und der darin waltenden Willen besteht, fallen. Ein klares Beispiel bringt Schulz S 25 Anm. 4. Die Mitglieder einer OHG, die eine Maschinenfabrik ist, veranstalten mit den Mitteln der Gesellschaft einen Nachdruck. Das Nachdrucksdelikt ist zwar als Handlung mehrerer zu einer OHG verbundenen Personen, die zu gemeinsamen Handelsbetriebe, nämlich dem Betriebe einer Druckerei vereinigt sind, denkbar, nicht aber als Handlung mehrerer zum gemeinsamen Betriebe einer Maschinenfabrik vereinigten Personen. Berauben z. B. alle Gesellschafter einen Postwagen, um die geraubten Gelder zu gesellschaftlichen Zwecken zu verwenden, so ist diese Handlung keine Handlung der Gesellschafter als solcher, da sie als solche mit dem gemeinsamen Handelsbetriebe nichts zu tun hat. Daher lässt sich die Frage

[1]) Ebenso ausser dem Reichsgericht: Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 584, Anm. 3. Milch, S. 40; Rhomberg, S. 116.

[2]) Wie das RG Bd. 15, S. 128 ausführt.

Wann ist eine Gesellschaftshandlung gegeben, nicht allgemein beantworten, sondern es sind vielmehr die dem betreffenden gesellschaftlichen Betriebe gesetzten Zwecke im einzelnen zu untersuchen.

Nach dem Vorstehenden sind also Handlungen, die von den Gesellschaftern als solchen begangen werden, denkbar. Daraus, dass die unerlaubten Handlungen der Gesellschafter als solcher innerhalb der Sphäre der Verbundenheit begangen werden müssen, um der Gesellschaft zugerechnet werden zu können, braucht nicht geschlossen zu werden, dass der Zweck der Gesellschaft in der gemeinschaftlichen Begehung von Delikten bestehen müsse, sondern ebensogut wie vom Einzelkaufmann innerhalb seines Geschäftsbetriebes Delikte begangen werden können, können sie auch von mehreren Gesellschaftern innerhalb des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft begangen werden. Es wäre widersinnig, eine Personengesamtheit für die von ihr bewirkten Handlungen weniger haftbar anzusehen, als eine Einzelperson für die von ihr verursachten Schäden.

β) Ebenfalls aus der Struktur der OHG ergibt sich die Haftung der OHG für unerlaubte Handlungen in den Fällen, wo ein Gesellschafter im Einverständnis mit den anderen Gesellschaftern ein Delikt begeht. Der Wille zur Vornahme der unerlaubten Handlung ist hier von sämtlichen Gesellschaftern gefasst worden. Da die OHG nach unserer Auffassung die kollektive Einheit der verbundenen Gesellschafter darstellt, so hat, falls die unerlaubte Handlung in den Bereich der Verbundenheit fällt, die Gesellschaft als solche das Delikt gewollt. Darauf, dass ihr eigener Wille durch die Handlung *eines* Gesellschafters in die äussere Erscheinung getreten ist, kann es in Anbetracht der Willenseinheit sämtlicher Gesellschafter für die Frage der Haftung nicht entscheidend ankommen. Auch in dem Falle also, dass zwar nur ein Gesellschafter die unerlaubte Handlung begangen hat, aber unter Einverständnis und Willen der Mitgesellschafter, ist eine Haftung der OHG anzunehmen.

γ) Wie gestaltet sich nun die Rechtslage, wenn ein einzelner Gesellschafter und zwar ein solcher, der vertretungsberechtigt ist, eine unerlaubte Handlung begeht? Die Denkschrift hatte in diesem Falle angenommen: die Frage, wie weit die Gesellschaft für den Schaden verantwortlich sei, den ein vertretungsberechtigter Gesellschafter bei seinen Verrichtungen einem Dritten zufügt, habe durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Lösung gefunden. Dass das Reichsgericht in diesem Falle die Haftung bejaht, haben wir oben geschildert. Allein, mit dieser zu dem nur in der Denkschrift zum Ausdruck gekommenen Meinung des Gesetzgebers ist das Problem nicht abgetan, denn so wertvoll die Willensrichtung des Gesetzgebers für die Auslegung sein muss, so kommt doch nur der Wille des Gesetzgebers in Betracht, der in den Normen einen ihm gemässen Ausdruck gefunden hat. Auch dürfte Cosack[1]) kaum Recht haben, wenn er eine Nachprüfung des reichsgerichtlichen Standpunktes um des willen für überflüssig hält, weil die vom Reichsgericht getroffenen Entscheidungen und die

[1]) Cosack, Lehrbuch § 213, I 2a. S. 470/471, so auch Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht Kap. 40, II, S. 206/207. Ritter, Bemerkungen zu § 126, 2, S. 173 ff.

Stellungnahme der Wissenschaft ein „sicheres Gewohnheitsrecht“ im Sinne der Auffassung des Reichsgerichts geschaffen hätten. Es mag zweifelhaft sein, ob der Wissenschaft überhaupt Gewohnheitsrecht bildende Kraft zukommt, denn die Rechtswissenschaft hat es nicht mit der Rechtschaffung zu tun, sondern sie hat die Aufgabe das geltende Recht, sei es nun Gesetzes-, sei es Gewohnheitsrecht, zu erfassen und zu systematisieren, auch Vorschläge de lege ferenda zu machen, aber rechtsbildende Kraft hat sie nicht. Früher, als es noch Spruchfakultäten gab, hatte sie auch, wenn auch in begrenztem Umfange eigene rechtsbildende Funktion, jetzt nicht mehr. Was nun die Rechtsprechung des Reichsgerichts anbetrifft, so kann aus ihr nur dann auf ein Gewohnheitsrecht geschlossen werden, wenn sie einer allgemeinen in den beteiligten Volkskreisen wurzelnden Ueberzeugung Ausdruck verleiht, und damit eine solche sich als Rechtsüberzeugung (opinio necessitatis sive iuris) äussern und zu einem Rechtssatze festigen kann, muss eine Uebung von einer gewissen Dauer gefordert werden. Diese Bedingungen sind durch die Entwicklung nicht erfüllt. Die Entscheidung des Reichsgerichts im 15. Bande S. 121 ff. ist vom 5. Februar 1886; die entgegengesetzten Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts datieren vom 28. Januar 1876 (Bd. 19, S. 176 ff.) und vom 15. September 187[illegible] (Bd. 25, S. 347 ff.). Uebrigens ist der Standpunkt des Reichsgerichts nicht unbestritten geblieben[1]). Das Reichsgericht[2]) selbst hat erklärt, dass sich durch blossen Gerichtsgebrauch ein vom Gesetz abweichendes Gewohnheitsrecht nicht bilden könne. Vielmehr verlangt es, dass sich ein Rechtssatz im gemeinsamen Rechtsbewusstsein des Volkes festsetze. Aehnlich sagt Leonhard[3]) mit Recht, dass die Wissenschaft ein Gewohnheitsrecht wohl anbahnen, aber nicht vollenden könne. Aus all diesen Gründen dürfte die Annahme eines Gewohnheitsrechtes in unserer Frage eher abzulehnen als zu billigen sein. Uebrigens hat das Reichsgericht zu der durch die neuen Gesetzbücher geschaffenen Rechtslage keine entscheidende Stellung genommen. In dem Urteil Bd. 64, S. 81 spricht es, ohne auf die Frage näher einzugehen, aus, dass die OHG für die geschäftsführenden und die vertretungsberechtigten Gesellschafter mindestens im Umfange des § 831 BGB hafte. Andere Entscheidungen berufen sich nur auf die ständige Praxis, ohne anzugeben, auf welcher gesetzlichen Bestimmung die Haftung der OHG für die unerlaubten Handlungen ihrer Mitglieder beruhen soll[4]). Die Entscheidung vom 24. Juli 1911[5]) begründet die Haftung entsprechend der Entscheidung Bd. 15, S. 121 ff. aus § 126 HGB. Nach alledem hält das Reichsgericht zur Begründung seiner Standpunkte in Uebereinstimmung mit den älteren Entscheidungen eine Heranziehung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Begründung der Haftung der Gesellschaft nicht für erforderlich.

[1]) Vgl. oben S. 33, Anm. 2.

[2]) ERG v. 18. Dezember 1901, JW. 1902 S. 94.

[3]) Leonhard, Allg. Teil des BGB, S. 41 und Bürg. Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen, S. 5.

[4]) RGE, Bd. 46, 18; Bd. 76, 48; Bd. 109, S. 272 ff. Gruchot 51, 1023; JW. 1911, 97[23].

[5]) Leipziger Z. 1911, S. 771.

Eine Heranziehung des Bürgerlichen Rechtes zur Entscheidung der Haftungsfrage ist aber unseres Erachtens unumgänglich und ist in der Literatur auch durchweg vorgenommen worden. Freilich kann für unseren Fall nicht der § 31 BGB unmittelbar verwandt werden, denn die Ausführungen im ersten Teil dieser Arbeit haben gezeigt, dass die OHG keine juristische Person ist, mithin die Vorschriften des Vereinsrechtes nicht subsidiär nächst dem Handelsrecht angewandt werden können. Dies umsoweniger, als § 105 Abs. 2 HGB ausdrücklich auf das bürgerliche Gesellschaftsrecht als die subsidiär anzuwendenden Normen verweist. Damit ist jedoch eine entsprechende Anwendung des § 31 BGB nicht unmöglich, wenn es gelingt, nachzuweisen, dass der § 31 BGB nicht als eine spezifische Besonderheit des Vereinsrechtes aufzufassen ist, sondern als eines Komplexes von Rechtstatbeständen, die sich beim Vereinsrecht ebensosehr wie bei dem Recht der OHG finden[1]). Und in der Tat dürfte der § 31 BGB eine allgemeine Bestimmung enthalten, die für Personen „in der Stellung gesetzlicher Vertreter" gilt. Oben haben wir ausgeführt, dass die vertretungsberechtigten Gesellschafter der OHG nicht als Organe der Gesellschaft aufzufassen sind, weil der Begriff des Organs untrennbar von dem Begriff einer juristischen Person ist, wenn man dem Begriff Organ nicht einen völlig verwässerten und rechtlich unbestimmten Inhalt geben will. Aus dem Organbegriff ist deshalb auf eine Anwendbarkeit des § 31 BGB ebenfalls nicht zu schliessen. Es muss daher geprüft werden, ob der § 31 BGB auf Personen in der Stellung gesetzlicher Vertreter überhaupt Anwendung finden darf und diese Bestimmung sich nicht auf den engen Kreis juristischer Personen und organschaftlicher Handlungen beschränkt. Dafür, dass die genannte Bestimmung für alle Personen in der Stellung gesetzlicher Vertreter anwendbar ist, spricht schon die Tatsache, dass das Bürgerliche Gesetzbuch seine Anwendbarkeit auf Vereine nicht beschränkt, sondern, dass er auch kraft der Verweisung auf ihn in § 86 und in § 89 Abs. 1 BGB für Stiftungen und öffentlichrechtliche Körperschaften gilt. Tatsächlich nimmt auch der zur Vertretung befugte Gesellschafter die Stellung eines gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft[2]) ein. Zwar wird die Vertretungsmacht dem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragen, die Vertretungsmacht des Vorstandes eines rechtsfähigen Vereins beruht aber ebenfalls auf einem besonderen Akt, nämlich der Uebertragung durch die Vereinsmitglieder. (§ 27 BGB). Der Vorstand hat nach § 26 Abs. 2 BGB die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Er vertritt den Verein gerichtlich und

---

[1]) Aus § 31 BGB leiten in analoger Anwendung die Haftung der OHG insbesondere ab: Brand, Bemerkungen zu § 125, 1e, S. 361; Lehmann-Ring, Bem. zu § 124, 3, S. 259 ff. Staub, Bem. zu § 126, Anm. 4, S. 613; Düringer-Hachenburg, Bem. zu § 126, Anm. 16; Vgl. RG 76, 48 und in JW. 1911, 97[23] RG bei Gruchot 51, 1023 und RG in LZ 1913, 378, 3; Kommentar der RGR. Bem. zu § 31, Anm. 4. Makower, Anm. I, d, 3 zu § 125, S. 234. Ritter, Bem. zu § 126, Anm. a, 5, S. 173 ff.

[2]) Brand, Bem. zu § 125, I d; Ritter, Bem. zu § 125, Anm. 2; Lehmann-Ring, Bem. zu § 125, Nr. 2; Jäger, S. 27, Anm. Makower, Bem. zu § 125, Anm. Ic; RG 15, S. 131 und 45, S. 342. Abweichend Düringer-Hachenburg, Bem. zu § 125, Anm. 2.

aussergerichtlich. Seine Vertretungsmacht ist, wenn nicht eine Beschränkung durch die Satzung stattfindet, Dritten gegenüber grundsätzlich unbeschränkt. Die gleichen Rechte und Pflichten wie der Vereinsvorstand hat aber auch der vertretungsberechtigte Gesellschafter. Durch seine Handlungen wird die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet. Er vertritt die Gesellschaft gerichtlich und aussergerichtlich, schliesst namens und unter der Firma Rechtsgeschäfte ab. Dass er nach alledem als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft aufzufassen ist, haben wir oben S. 25—27 nachgewiesen. Die Ansicht, den § 31 BGB als für alle Personen in der Stellung gesetzlicher Vertreter massgebend anzusehen, wird auch durch eine Bemerkung in den Motiven zum BGB unterstützt. Dort wird auf S. 103 bei Erwähnung der modernen Rechtsentwicklung, welche den juristischen Personen das Verschulden ihrer Organe anzurechnen geneigt ist, auf die uns schon bekannte Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 15 S. 121 ff. hingewiesen. Daraus geht hervor, dass bei Entstehung des § 31 BGB an die Haftung der OHG für Verschulden ihrer vertretungsberechtigten Gesellschafter gedacht worden ist. Und auch das spricht für die hier vertretene Anwendung des § 31 BGB auf die vertretungsberechtigten Mitglieder der OHG.

§ 31 BGB ist nun freilich seinem Wortlaute nach nur auf gesetzliche Vertreter anwendbar. Daraus folgt aber nicht, dass die Handlung von dem Vorstande in seiner Eigenschaft als *Vertreter* vorgenommen sein müsste. Gerade unerlaubte Handlungen sind meisst tatsächliche und nicht rechtsgeschäftliche Handlungen. Der Ausdruck „Vertreter“ in den §§ 31 und 30 BGB ist nicht in dem Sinne zu nehmen, dass darunter nur die Vertretung bei Rechtsgeschäften verstanden wird[1]). Es wird darunter vielmehr jede zu irgend welcher Tätigkeit für den Verein berufene Person verstanden. Dasselbe muss nun auch für die OHG gelten. Für einen Gesellschafter, der bei der *Geschäftsführung* eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung begeht, haftet die OHG, wenn er zur Geschäftsführung und gleichzeitig nach dem Gesellschaftsvertrage zur Vertretung befugt ist nach § 31 BGB Makower[2]) und Ritter[3]) nehmen dieses freilich *nicht* an. Aber, wie gezeigt, braucht die Handlung, in deren Ausführung der Schaden zugefügt wird, keineswegs nach § 31 BGB eine Rechtshandlung zu sein, sondern sie kann in einer rein tatsächlichen Verrichtung bestehen, wenn nur der Gesellschafter Vertreter der OHG ist. Natürlich muss aber der Gesellschafter im Rahmen seiner Zuständigkeit, die sich nach den §§ 114—117 HGB bestimmt, gehandelt haben, denn § 31 BGB setzt voraus,

[1]) Ebenso Planck, Bemerkungen zu § 31, Anm. 2c. Hölder, Bem. zu § 31, 2b; Oertmann, Bem. zu § 31, 3c; Staudinger, Bem. zu § 31, 6b; Biermann, § 130 Z. 3. Cosack, § 299, I. Dernburg, I, § 66, IV. Enneccerus, § 103, Anm. 2. v. Tuhr, I, 540; Lenel, a. a. O. v. Gierke, Gutachten in den Verhandlungen des 28. D. J. T. 1, 102 ff.; Billmann, a. a. O. S. 18. RGE 53, S. 279, 57, S. 38; ebenso das RG in Gruchot 51, 1023, das lediglich auf den inneren Zusammenhang mit dem Geschäftsbetriebe abstellt; Staub, Bem. zu § 126, Anm. 4, S. 613.

[2]) Makower, Bem. zu § 125, Anm Id3.

[3]) Ritter, Bem. zu § 126, Anm. a. 5. S. 173 ff.

dass dem Gesellschafter die Verrichtung, in deren Ausführung er den Schaden hervorgerufen hat, „zustand". Es genügt daher nicht, dass der Gesellschafter die Handlung nur für sich persönlich vorgenommen hat. In folgenden Fällen ist demgemäss ferner eine Haftung der OHG ausgeschlossen:

1. wenn der Gesellschafter überhaupt von der Geschäftsführung ausgeschlossen war,

2. wenn ein anderer geschäftsführender Gesellschafter der Vornahme der Handlung widersprochen hatte (§ 115, Abs. 1 HGB),

3. wenn eine Gesamtvertretung angeordnet war und der handelnde Gesellschafter *nicht* die Zustimmung der anderen geschäftsführenden Gesellschafter eingeholt hatte, es sei denn, dass Gefahr im Verzuge war (§ 115, Abs. 2 HGB).

4. wenn die Handlung über den Rahmen der Geschäfte, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb der Gesellschaft mit sich bringt, hinausging und nicht ein Beschluss sämtlicher Gesellschafter zur Vornahme der Handlung vorlag (§ 116 HGB).

Endlich muss der Gesellschafter die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung „in Ausführung" einer ihm zustehenden Verrichtung begangen haben und nicht nur „gelegentlich" der Ausführung. *Darüber unten.*

Im übrigen sind die Voraussetzungen des § 31 BGB nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Es muss sich um eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung handeln. Die Handlung braucht nicht schuldhaft (z. B. 231 BGB) und widerrechtlich (§ 904 BGB) zu sein[1]).

δ) Dagegen kann die Haftung der OHG für unerlaubte Handlungen der lediglich zur Geschäftsführung befugten Gesellschafter nicht aus § 31 BGB abgeleitet werden. Der Grund der Analogie lag, wie wir sahen, darin, dass § 31 BGB eine für Personen in der Stellung gesetzlicher Vertreter allgemein geltende Vorschrift enthält. Der zur blossen Geschäftsführung, nicht aber zur Vertretung berufene Gesellschafter kann weder als „Vorstand" oder als ein „Mitglied des Vorstandes" noch als ein anderer „verfassungsmässig berufener Vertreter" im Sinne des § 31 BGB aufgefasst werden. § 31 BGB findet seine innere Rechtfertigung in § 26 Abs. 2 BGB, d. h. darin, dass der Vorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. In dem vorigen Abschnitt führten wir aus, dass eine Haftung der OHG auch dann eintritt, wenn ein vertretungsbefugter Gesellschafter fremde Rechte durch eine rein tatsächliche Verrichtung verletzt. Es mag auf den ersten Blick befremden, dass eine unerlaubte Handlung, begangen bei der Geschäftsführung (tatsächliche Verrichtung) eines vertretungsbefugten Gesellschafters eine Haftung der OHG auslöst, während der § 31 BGB keine Anwendung findet, wenn die unerlaubte Handlung bei der Geschäftsführung eines bloss geschäftsführungsbefugten Gesellschafters vorgenommen wird. Der innere Grund dieser Scheidung, die auf die

[1]) Auch Wieland § 49 I 3 S. 585 ff. leitet die Haftung der OHG aus der Rechtsstellung der Vertreter als gesetzlicher Vertreter ab und bemerkt zutreffend: es sei ein Gebot ausgleichender Gerechtigkeit, dass das Gesellschaftsvermögen für Delikte, die mit den Mitteln der Gesellschaft und im Hinblick auf deren Vorteile vorgenommen würden, gleichermassen aufzukommen habe, wie das Geschäftsvermögen des Einzelkaufmannes für die im Gewerbebetriebe begangenen Delikte. Ebenso M. Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden (1910) S 41.

Vertretungsbefugnis selbst dann abstellt, wenn die schädigende Handlung keine eigentliche Vertreterhandlung (bei der Vornahme von Rechtsgeschäften), sondern ein Geschäftsführungsakt im Sinne einer rein tatsächlichen Verrichtung ist. liegt darin, dass der OHG eine Haftung schlechthin nur dann aufgebürdet werden kann, wenn sie selbst der Person die Möglichkeit gegeben hat, in ihrem Namen nach aussen hin offiziell aufzutreten. Unmöglich aber kann man die Gesellschaft in gleich starkem Masse dann haften lassen, wenn sie eine Person nicht autoritativ mit der Befugnis ausgestattet hat, im Rechtsleben Dritten gegenüber für sie aufzutreten. Gerade dadurch, dass die OHG ein Mitglied auf die blosse Geschäftsführung beschränkt, ihr also die Möglichkeit versagt, im Rechtsleben für sie zu fungieren, liegt, dass sie das Risiko, für die zum Schadenersatz verpflichtenden Handlungen einer solchen Person haften zu müssen, ablehnt. Wenngleich auch in diesem Falle eine Haftung der OHG, wie im folgenden gezeigt werden wird, eintritt, so doch in ungleich schwächerem Masse wie bei vertretungsbefugten Gesellschaftern, und das erscheint auch nach diesen allgemeinen rechtspolitischen Erwägungen gerechtfertigt. Letzten Endes macht sich in dieser Abstufung der Haftung das Veranlassungsprinzip geltend: Wenn die Gesellschaft es veranlasst, dass ein Gesellschafter für sie im Rechtsleben überhaupt auftritt, so mag sie auch das Risiko, das damit verbunden ist, tragen. Beschränkt sie ihn aber nur auf eine Tätigkeit innerhalb des Rahmens der Gesellschaft, veranlasst sie also ein Auftreten dieser Person Dritten gegenüber in aller Form nicht, so wird ihr nicht in gleichem Masse eine Haftung auferlegt werden können. Nicht in gleichem Masse, denn immerhin hat sie ihn, den geschäftsführenden Gesellschafter, zur Vornahme tatsächlicher Verrichtungen (Buchführung, Einkassieren von Geldern, Leitung des Fabrikbetriebes usw.) veranlasst, sie hat einen anderen zu einer Verrichtung bestellt und ist gemäss § 831 BGB verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt; hier aber mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises (§ 831, Abs. 1 S. 2 BGB). Aus der Intensität des Veranlassens (ob zur Vertretung im weitesten Sinne überhaupt, die es gewissermassen ihrem Zwecke nach mit der Einwirkung auf fremde Rechtsverhältnisse zu tun hat, oder bloss zur Vornahme tatsächlicher Verrichtungen, die nur möglicher- und unbeabsichtigterweise in fremde Rechtssphären eingreifen) folgt die Intensität der Haftung[1]).

[1]) Widersprüchlich und unklar sind die Ausführungen Makowers, Bem. zu § 125 Anm. 1 d 3 S. 234; Einerseits behauptet Makower: bei widerrechtlicher Schadenszufügung findet der § 831 BGB auf die Haftung der Gesellschaft für die Handlung eines geschäftsführungsbefugten Gesellschafters ohne Rücksicht auf etwaige Vertretungsberechtigung Anwendung; einige Zeilen später: bei widerrechtlicher Schadenszufügung durch einen vertretungsberechtigten Gesellschafter ohne Rücksicht auf etwaige Geschäftsführungsbefugnis ist der eine strengere Haftung aussprechende Paragraph 31 BGB anwendbar. Aehnlich Ritter, Bemerkungen zu § 126 Anm. a. S. 173. Dies „ohne Rücksicht" ist unrichtig, denn wenn ein Gesellschafter gleichzeitig geschäftsführungs- und vertretungsbefugt ist, so muss in dem Falle, in dem sowohl § 831 BGB als auch § 31 BGB gegeben ist, der § 31 BGB dem § 831 BGB nach den Grundsätzen der Gesetzeskonkurrenz unbedingt vorgehen.

Unbestritten freilich ist diese Auffassung, die die Gesellschaft für unerlaubte Handlungen bloss geschäftsführungsbefugter Gesellschafter im Rahmen des § 831 BGB haften lässt, nicht. Lenel[1]) und Staudinger[2]) vertreten die Ansicht, dass auch in diesem Falle eine Haftung nach § 31 BGB eintrete. Ihr Gedankengang ist folgender: § 31 BGB begründet eine Haftung des Vereins auch dann, wenn ein „Mitglied des Vorstandes" durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einen Dritten schädigt. Nach § 26 BGB hat der Vorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Wenn nun der Vorstand aus mehreren Köpfen besteht, so hat nur die Gesamtheit dieser Vorstandsmitglieder gesetzliche Vertretung, nicht aber das einzelne Mitglied des Vorstandes. Trotzdem haftet der Verein für unerlaubte Handlungen des einzelnen Vorstandsmitgliedes, also, folgern Lenel und Staudinger, kann für die Frage der Haftung nach § 31 BGB die gesetzliche Vertretungsmacht nicht der ausschlaggebende Punkt sein. Mithin sei es nicht begründet, die OHG bei dem bloss geschäftsführenden Gesellschafter nach § 831 BGB haften zu lassen, sondern auch hier müsse § 31 BGB Anwendung finden. Hiergegen wird nun zwar eingewandt, es stehe nichts im Wege, einem Mitgliede des Vorstandes die Vertretung der Gesellschaft für einen bestimmten Geschäftskreis allein zu übertragen. Dann sei das einzelne Vorstandsmitglied Vertreter im technischen Sinne. Dies ist an sich richtig. Die Satzung kann sogar anordnen, dass ein jedes Vorstandsmitglied in allen Vereinsangelegenheiten allein handeln kann, denn die Vorschrift des § 28 Abs. 1 BGB, die die Tätigkeit des mehrgliedrigen Vorstandes regelt, ist, wie § 40 BGB ergibt, nicht zwingendes Recht, sondern kann durch die Satzung abgeändert werden. Aber daraus folgt noch nicht ein Gegengrund gegen die Lehre Lenels, denn es bleibt die Frage offen, wie es mit der Haftung steht, wenn der Verein von dieser gesetzlichen Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat. Vielmehr dürften folgende beiden Gesichtspunkte entscheidend gegen die Lehre Lenels und Staudingers sprechen.

Die Haftung für die schädigenden Handlungen, die der Vorstand in seiner Gesamtheit begeht, allein wäre zwecklos, wenn der Verein nicht auch für die Handlungen der einzelnen Vorstandsmitglieder, die diese ohne Kenntnis der übrigen begehen, haften würden. Die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung wird ja meist nur von einem Vorstandsmitgliede bzw. von einem der etwa im Vertrage vorgesehenen Gesamtvertreter begangen sein. Die Bestimmung, dass der Verein für die Handlungen eines Mitgliedes des Vorstandes haftet, ist daher notwendig. Andererseits aber soll der Verein nach § 31 BGB auch nicht weiter haften, als wie die natürliche Person nach allgemeinen Grundsätzen. Wie diese grundsätzlich nur für Handlungen haftet, die Folge ihres freien Willens sind, so soll der Verein nach § 31 BGB auch nur für Handlungen haften, die die Organe seiner Willensbetätigung darstellen, nicht aber für Handlungen der Personen, denen nur tätsächliche Verrichtungen gestattet, die aber nicht befugt sind, nach aussen als Repräsentanten des Vereins aufzutreten.

[1]) Lenel, D. J. Z. 1902, S. 9 ff.
[2]) Staudinger Bem. zu § 31 Anm. 6 f.

Vor allem aber übersehen Lenel und Staudinger das Wörtchen „anderer“ in § 31 BGB. Es heisst dort: „Der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmässig berufener Vertreter.“ Daraus folgt, dass auch das Mitglied des Vorstandes, das selbst gewiss nicht gesetzliche Vertretungsmacht hat, als Vertreter des Vereins im Sinne des § 31 BGB aufgefasst wird, eben, weil es Mitglied des Vorstandes, d h. des vertretungsbefugten Organs ist. Aus dieser Zugehörigkeit zum vertretungsbefugten Organ, das es selbst mit darstellt, folgt die Haftung des Vereins für seine unerlaubten Handlungen nach § 31 BGB. Der bloss geschäftsführende Gesellschafter einer OHG gehört aber nicht dem Kreise der, sei es einzeln, sei es kollektiv, vertretungsbefugten Gesellschafter der OHG an. Es fehlt daher der innere Grund, die Gesellschaft nach § 31 BGB für seine unerlaubten Handlungen haften zu lassen, vielmehr verbleibt es bei der milderen Haftung des § 831 BGB.

Nach § 831 BGB tritt nur eine Haftung der OHG für die unerlaubten Handlungen des bloss geschäftsführenden Gesellschafters ein, wenn er einen anderen widerrechtlich ohne Rücksicht auf Verschulden schädigt, freilich mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises gemäss § 831 Abs. 1 S. 2 BGB. Voraussetzung der Ersatzpflicht der OHG ist also, wenn sonst alle Voraussetzungen des § 831 BGB gegeben sind, die Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung durch den bloss geschäftsführenden Gesellschafter. Ein Verschulden des Geschäftsführes ist nicht erforderlich. Die OHG ist auch dann haftbar, wenn der Täter — geschäftsführender Gesellschafter — geisteskrank ist. Die Haftung der OHG ist nicht Haftung für fremdes Verschulden, sondern Haftung für vermutetes eigenes Verschulden bei der Auswahl, Anweisung und Beaufsichtigung des geschäftsführenden Gesellschafters. Auch wird der Kausalzusammenhang zwischen diesem Verschulden der OHG und dem eingetretenen Schaden vermutet. Die Ersatzpflicht tritt dann nicht ein:

1. wenn die OHG bei der Auswahl des geschäftsführenden Gesellschafters, bei der Beschaffung von Vorrichtungen oder Gerätschaften und bei der Leitung der Verrichtung, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Die OHG haftet also nur bei culpa in eligendo oder custodiendo,

2. wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde; denn in diesem Falle fehlt der ursächliche Zusammenhang zwischen dem vermuteten Verschulden und dem eingetretenen Schaden.

Den Entlastungsbeweis hat die OHG zu erbringen; sie hat sich zu „exkulpieren“. Sie tut dies, wie schon erwähnt, durch den Nachweis der erforderlichen Sorgfalt oder des mangelnden Kausalzusammenhanges.

Ferner ist zwischen der Haftung aus § 31 BGB und der aus § 831 BGB noch folgender wichtiger Unterschied zu beachten. Nach § 116 HGB ist der nur geschäftsführende Gesellschafter nur zu Handlungen berechtigt, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt, infolgedessen ist er auch im Sinne des § 831 BGB nur zu diesen Verrichtungen bestellt. Nimmt er Handlungen vor, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetriebe gehören, so tritt eine Haftung der OHG nach § 831 BGB nicht ein. Anders ist die Haftung nach § 31 BGB. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter ist, gleich dem

Prokuristen, nach § 126 HGB grundsätzlich ermächtigt, zur Vornahme aller Geschäfte und Rechtshandlungen, die in die Machtsphäre irgend einer Handelsgesellschaft fallen können, gleichgültig welchen Geschäftskreis die betreffende Gesellschaft pflegt. Alle diese Handlungen gehören damit zu denen, welche nach § 31 BGB die Gesellschaft zur Haftung verpflichten können.

ε) Aus den vorstehenden Ausführungen folgt mit Notwendigkeit, dass eine Haftung der OHG überhaupt nicht eintritt, wenn ein Gesellschafter weder geschäftsführungs- noch vertretungsbefugt ist. Es fehlt in diesem Falle sowohl an den Voraussetzungen der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 31 BGB, als auch an denen des § 831 BGB. Ihre innere Rechtsfertigung findet diese Haftungsfreiheit der OHG darin, dass sie einen solchen Gesellschafter zur Vornahme irgend welcher Handlungen für sie überhaupt keine Veranlassung gegeben hat. Auch hier beweist sich das Veranlassungsprinzip als die rechtfertigende rechtspolitische Grundlage der Gesellschaftshaftung.

ζ) Insoweit nach den oben erörterten Grundsätzen eine Haftung der OHG nach dem § 31 oder 831 BGB in Frage kommt, muss geprüft werden, ob die schädigende Handlung auch in Ausführung der dem betreffenden Gesellschafter obliegenden Verrichtung begangen ist, oder ob nur bei Gelegenheit solcher Verrichtung. Hierfür lässt sich naturgemäss eine allgemeine Regel, die einzelnen Fälle zu beurteilen, nicht aufstellen. Die Abgrenzung ist in der Theorie bestritten[1]). Die richtige Ansicht nach meiner Auffassung ist die, dass nur ein solches Verhalten des Gesellschafters die Gesellschaft verantwortlich machen kann, das in einem inneren Zusammenhange zu den übertragenen Verrichtungen steht. Nur diese Auffassung berücksichtigt das innere Moment, während der bloss äusserlich-mechanische Zusammenhang für die Beurteilung nicht massgebend sein kann[2]). Im einzelnen wird es Sache einer die Lebensverhältnisse vernünftig abwägenden Beurteilung sein, im gegebenen Falle den inneren Zusammenhang zu bejahen oder zu verneinen. Eben weil die tatsächlichen Umstände des einzelnen Falles die entscheidende Grundlage der Bewertung sind, so können in der Wissenschaft, die von den Umständen des konkreten Falles abstrahiert, nur sehr allgemeine Leitgedanken in unserer Frage entwickelt werden, während es der Rechtsprechung vorbehalten ist von Fall zu Fall der Auffassung des Verkehrs nachzugeben. So sollen denn im folgenden kurz einige Fälle zusammengestellt werden, in denen die Rechtsprechung den inneren Zusammenhang mit dem Geschäftsbetriebe bejaht und solche, in denen sie diesen verneint hat.

In der Entscheidung vom 22. April 1907[3]) war ein Gesellschafter auf einer Geschäftstour mit Wagen und Gespann der Gesellschaft; auch der Kutscher war von der Gesellschaft angestellt. Dieser überfuhr eine Person, während der Gesellschafter im Wagen sass. Das Reichsgericht nimmt eine Haftung der OHG nicht an, da die Unterlassung des Gesellschafters (Ver-

[1]) Vgl. die Kommentare zu § 278 BGB, insbes. ausführlich: Oertmann. Erl. zu § 278, 3d β).

[2]) Vgl. Oertmann, Bem. zu § 278, 3d.

[3]) RG in Gruchot 51, S. 1023 ff.

hinderung des Unfalls durch sorgfältige Ueberwachung des Kutschers) nur bei Gelegenheit der geschäftlichen Verrichtung begangen wurde. In einem anderen ähnlichen Falle freilich, Urteil vom 20. Januar 1913[1]), hat das Reichsgericht die Haftung bejaht. Ein Gesellschafter fuhr in einem Automobil im Interesse der Gesellschaft, um nämlich Geschäfte mit Schuhwaren abzuschliessen, er hatte auch Proben mitgenommen. Der Chauffeur überfuhr eine Person. Das Reichsgericht bejaht die Haftung, da der Unfall sich bei der Ausführung einer im Interesse der Gesellschaft unternommenen Geschäftsfahrt ereignet hat. Die unterschiedliche Behandlung beider Fälle ist nicht recht verständlich. Wir möchten der neueren, die Haftung bejahenden Entscheidung den Vorzug geben. Ausführlich hat das Reichsgericht zu dieser Frage Stellung genommen in dem Urteil vom 2. November 1893[2]). Diese Entscheidung stellt in aller Form auf den „inneren Zusammenhang mit dem Geschäftsbetriebe der Gesellschaft" ab. Es kommt nicht darauf an, „dass die unerlaubten Handlungen des Gesellschafters keine Benutzung der Machtmittel der Gesellschaft enthielten, dass sie auch nicht im Interesse der Gesellschaft gelegen hätten", vielmehr sei die „unlösbare Beziehung der unerlaubten Handlung zu der geschäftsführenden Tätigkeit des Gesellschafters" entscheidend und diese innere Beziehung bejaht hier das Reichsgericht als ein Gesellschafter bei dem übernommenen Umbau eines Hauses die Aufsicht führte, der Giebel einstürzte und ein Dritter, nämlich der Kläger, verletzt wurde. Ferner hat das Reichsgericht den inneren Zusammenhang bejaht bei unbefugter Führung einer Firma, weiterer Herstellung eines Nachdruckes, fernerer Führung eines fremden Warenzeichens, der gewerbsmässigen Herstellung einer patentierten Erfindung, bei unrichtiger Auskunft über die Kreditwürdigkeit einer dritten Person unter Umständen, die bei einem Einzelkaufmann eine Haftung erzeugen würden, der Nichtbeachtung von Konzessionsbedingungen, der Schädigung der Fischerei durch Einleitung von Fabrikschmutzwasser[3]).

---

[1]) RG in L. Z. für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht Bd. 7 (1913), S. 378 ff., Entsch. Nr. 3.

[2]) R. G. E. Bd. 32, S 32 ff. insbes. 35 ff.

[3]) Vgl. RG in *Bolze*: Bd, 2, S. 283 ff., Nr. 1104; Bd. 4, S. 246 ff., Nr. 799; Bd. 5, S. 242 ff., Nr. 741, daselbst S 243, Nr. 743, Bd. 6, S. 246 ff., Nr. 633. Bd. 7, S. 239 ff., Nr. 631; Bd. 13 S. 276, Nr. 495, Bd. 21, S. 277 ff., Nr. 553; *R. G. E.* Bd. 15, S. 121; Bd. 17, S. 93 ff. = Bolze, Bd. 4, S. 246, Nr. 799; Bd. 20, S. 190 ff.; Bd. 32, S. 32 ff. Bd. 43, S. 106; Bd. 46, S. 18 ff; Bd. 57, S, 93 ff.; Bd. 64, S. 81; Bd. 76, S. 48; Bd. 78, S. 354; *L. Z.*: Bd. 7 (1913). S. 378; Entsch. Nr. 3; L. Z. 1914, 383 [4]; Vgl. auch L. Z. 1915, 706[13]; RG. v. 29. Juni 1896 in Z. H. R. 36, 508; Recht, 1907, 710; JW. 1911, 97[23]; JW. 1914, 202[18], 378 [3].

Ergebnis der Arbeit, Zusammenfassung.

Das Ergebnis dieser Arbeit lässt sich in folgenden Sätzen zusammenfassen: Die OHG als solche ist nicht deliktsfähig, da sie keine selbständige Persönlichkeit hat. Wenn wir trotzdem von einer Deliktsfähigkeit der OHG sprechen, so ist damit nur gemeint, dass sie die Haftung der Gesellschafter unter Umständen trifft, nicht aber, dass sie selbst die unerlaubte Handlung begangen hätte. Dieses Ergebnis ist gewonnen aus der Feststellung, dass die OHG keine juristische Person ist. Daher entfällt denn auch eine unmittelbare Anwendung des § 31 BGB auf sie.

Eine Haftung der OHG für unerlaubte Handlungen ihrer Gesellschafter ist einmal aus dem Wesen der OHG abzuleiten. Dies dann, wenn alle Gesellschafter ohne Rücksicht darauf, ob sie geschäftsführungs- oder vertretungsbefugt sind, die unerlaubte Handlung begehen oder sie zwar nur einer begeht, aber im Einverständnis mit den anderen Gesellschaftern. Im übrigen haftet die OHG für unerlaubte Handlungen eines einzelnen Gesellschafters in entsprechender Anwendung des § 31 BGB dann, wenn dieser Gesellschafter vertretungsbefugt ist und in Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen einen Dritten widerrechtlich schädigt; nach § 831 BGB dann, wenn eine solche Handlung von einem nur geschäftsführungsbefugten Gesellschafter begangen wird. Ist der Gesellschafter weder vertretungs- noch geschäftsführungsbefugt, so haftet die OHG überhaupt nicht.

Zurückgreifend auf die allgemeinen Erwägungen der Einleitung dieser Arbeit, zeigt die Untersuchung, dass die rechtspolitische Begründung, mit der das Reichsgericht die Haftung der OHG für unerlaubte Handlungen des Gesellschafters schon im Urteil vom 5. Februar 1886[1]) rechtfertigt, letzten Endes das Richtige trifft. Eben weil die Fähigkeit, im Verkehr durch Ausübung einer Willensmacht Rechtsgüter zu erwerben, die Möglichkeit in sich birgt, durch diese Machtbetätigung fremde Herrschaftskreise zu verletzen, wäre es irrationell, wenn mit den Machtmitteln und Gütern, vermöge deren die Gesellschafter als solche derartige Verletzungen im Interesse der Gesellschaft bewirkten, nicht für dieselben von der Gesellschaft eingestanden werden sollte. Die Gesellschafter handeln aber als solche, wenn die Handlung nach dem dem gesellschaftlichen Gewerbebetriebe gesetzten Zwecke und nach den für seine Erreichung betätigten Mitteln dem Gewerbebetriebe angehört. Die blosse Irrationalität freilich vermag die Haftungsannahme nicht zu begründen, vielmehr bedurfte es einer dogmatischen Rechtfertigung und Begrenzung der Haftung, wie sie in der vorliegenden Arbeit versucht ist.

---

[1]) RG in Bolze Bd. 2, S. 283 ff., Nr. 1104.

Lebenslauf.

Am 22. August 1897 wurde ich, Peter Arnold Plenter, als Sohn des beeidigten ostfriesischen Auktionators Gerjet Plenter und seiner Ehefrau Gesine, geb. Freesemann zu Jemgum im Kreise Weener, Ostfriesland, geboren. Ich besuchte das Gymnasium „Ulricianum" zu Aurich. Ende August 1914 verliess ich das Gymnasium und trat als Kriegsfreiwilliger in das Heer ein. Am Weltkriege nahm ich im Westen und Osten bei den Regimentern: 2. Pomm. Ulanen-Reg. Nr. 9 Demmin und 2. Brandenburg. Dragoner-Reg. Nr. 12 Frankfurt a/O. teil, wurde Vizewachtmeister und nach Absolvierung eines Offiziersaspirantenkursusses im Warthelager bei Posen zum Offiziersaspiranten ernannt. Nach meiner infolge Demobilmachung erfolgten Entlassung am 8. Januar 1919 besuchte ich einen Abiturientenkursus für Kriegsteilnehmer und bestand am 30. September 1919 das Abiturientenexamen. Seitdem widmete ich mich an den Universitäten Göttingen und München dem Studium der Rechtswissenschaft, Staatswissenschaft und Volkswirtschaft. Am 18. Oktober 1924 bestand ich vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts in Celle die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „voll befriedigend", am 28. Oktober desselben Jahres wurde ich zum Referendar ernannt und der Staatsanwaltschaft bei dem Landgerichte in Göttingen zur Ausbildung überwiesen. Seit dem 1. Februar d. J. bin ich beim Amtsgericht in Göttingen beschäftigt. An den einzelnen Universitäten habe ich Vorlesungen und Uebungen folgender Herren Dozenten besucht:

in Göttingen: Binder, Esslen, Hatschek, v. Hippel, Honig, Höpfner †, Herbert Meyer, Müller-Erzbach, Oertmann, Schoen, Schulz;

in München: v. Amira, Beling, van Calker, Cosack, Dyroff, v. Frank, Gallinger, Grueber, Heisenberg, Huber, Kisch, Lotz, Ritter v. Mayr, Merkel, Neumeyer, Rabel, Rothenbücher, Ritter v. Zumbusch.

Allen meinen verehrten akademischen Lehrern spreche ich hiermit meinen ehrerbietigen Dank aus. Besonders danke ich ehrerbietigst Herrn Professor Dr. Herbert Meyer in Göttingen für die Ueberlassung des behandelten Themas.